

CONSTITUCIÓN FISCAL Y EQUILIBRIO DE LAS FINANZAS PÚBLICAS
ANÁLISIS DE LA ECONOMÍA POLÍTICA DEL FINANCIAMIENTO DEL GASTO
PÚBLICO EN COLOMBIA

MIGUEL GANDOUR PORDOMINSKY

Proyecto de Grado para optar al título de
Maestría en Derecho

Directora
Helena Alviar García

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO
DICIEMBRE 2008

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo es una versión revisada de la mi tesis de grado de la Maestría de Derecho de la Universidad de los Andes. Agradezco en primer lugar a Helena Alviar, mi asesora de tesis. A Johanna Cortés que me orientó en la investigación jurídica. A Jimena Montoya, Mauricio Plazas, Rafael Villarreal y Juan Carlos Garay que ayudaron a orientar el desarrollo inicial de este trabajo. A Juan Carlos Bejarano que brindó asesoría bibliográfica fundamental. A María Camila Uribe, Margarita Varón, Margarita Fajardo, Luis Bernardo Mejía y Carlos Mauricio Ortiz que revisaron este escrito. A Hernán Rincón y Luis Ignacio Lozano que suministraron las series fiscales. Y a Nathalie Lozano que discutió y corrigió este trabajo en todo su desarrollo y aportó las ideas fundamentales en términos de la evolución de las normas en materia de deuda pública.

RESUMEN

Este trabajo busca explicar el aumento en el nivel de endeudamiento del Gobierno de Colombia como producto del cambio en las reglas que restringen las decisiones de política fiscal –la constitución fiscal- que trajo consigo la Constitución de 1991. En él se asume que el Gobierno es un agente que sopesa los costos y los beneficios de sus decisiones en un contexto de instituciones políticas y económicas. En primer lugar se exponen los principales cambios en las reglas relacionadas con las alternativas de financiamiento del gasto del Gobierno que difieren de la deuda. Después se describen los principales cambios en las reglas del endeudamiento. Se concluye que el cambio en la situación fiscal del Gobierno es resultado de una reducción relativa del precio de la deuda frente a las demás opciones de financiamiento.

PALABRAS CLAVE: gobierno, ejecutivo, legislativo, constitución, emisión, instituciones, política fiscal.

ÍNDICE

Lista de Gráficos.....	3
Introducción.....	4
1. Cambio en las Reglas sobre el Uso de la Emisión para Financiar Gasto del Gobierno.....	9
1.1 1923 - 1991: La Emisión como Mecanismo Regular de Financiación del Déficit Fiscal.....	10
1.2 Las reformas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991: Autonomía del Banco de la República y Restricciones al Financiamiento con Emisión	21
2. Cambios en las Reglas Relativas a la Creación y Modificación de los Tributos	26
2.1 Cambios en la Capacidad del Gobierno para Crear Tributos Mediante Decretos Legislativos Durante los Estados de Excepción.....	27
2.1.1 Eliminación de la Facultad para Crear y Reformar los tributos de Manera Permanente Durante el Estado de Emergencia Económica.....	27
2.1.2 Ausencia de Cambios en la Capacidad del Gobierno para Crear y Reformar los tributos durante el estado de sitio y de conmoción interior	33
2.2 Prohibición al Congreso de Conferir Facultades Extraordinarias al Presidente para Modificar o Suprimir tributos	36
2.3 Pérdida del Gobierno de la Capacidad para Modificar la Tarifa del Arancel de Aduanas con Fines Fiscales	39
3. Cambio en las Reglas del Control del Gobierno Sobre el Gasto.....	43
3.1 Cambios relativos a las instituciones Presupuestales	43
3.1.1 1886 – 1989: Introducción Sistemática de Reglas Jerárquicas en el Procedimiento Presupuestal.....	44
3.1.2 Ley 38 de 1989 y Constitución de 1991: Menos Discrecionalidad del Gobierno para Definir el Presupuesto sin la Aprobación del congreso.....	46
3.1.3 Introducción de Reglas Numéricas sólo para los Gobiernos Territoriales, No Para el Gobierno Nacional	49
3.2 1991: Pérdida de derechos de Decisión Sobre sus Rentas por Parte del Gobierno Central.....	53
3.2.1 Antes de 1991: Capacidad del Gobierno Central para reducir la Base de Liquidación mediante Rentas de Destinación Específica	53
3.2.2 Constitución de 1991: Cambio de Base Liquidación y Restricciones a su Modificación	56
3.3 Reducción de los salarios reales del sector público como mecanismo de ajuste fiscal	64

3.3.1 Años Ochenta: Capacidad para Reducir los Salarios Reales de los Servidores Públicos	64
3.3.2 Constitución de 1991 y Sentencias de la Corte Constitucional: Límites a la Reducción de Salarios como Mecanismo de Ajuste	65
3.4 Relevancia de la jurisdicción en la asignación de gasto en la nueva Constitución ..	70
3.4.1 Introducción del Mecanismo de Tutela: Ampliación de la capacidad del Poder Judicial para Hacer Cumplir las Obligaciones y Mayor impacto fiscal de las Decisiones de la jurisdicción vía Precedentes	70
3.4.2 Efectos Para el Gobierno: Mayor Costo de Incumplir y Menor Control del Ejecutivo sobre la Asignación de Derechos con Contenido Prestacional	74
3.4.3 Exigencias sobre la Administración: Calidad, Consistencia y Oportunidad de las Actuaciones y su Defensa	75
3.4.4 Falta de adaptación de la Administración al nuevo contexto jurisdiccional	76
4. Financiamiento Con Cargo a Deuda	77
4.1 Desarrollo del marco legal en materia de endeudamiento: caracterizado por la ausencia de debate sobre sus consecuencias fiscales	78
4.2 Primer incentivo al mayor uso de los mecanismos de endeudamiento: la consolidación de facultades autónomas en cabeza del Gobierno	81
4.3 Segundo incentivo al mayor uso de los mecanismos de endeudamiento: la reducción en los límites objetivos al monto de deuda pública	90
4.4 Tercer incentivo al mayor uso de los mecanismos de endeudamiento: la pérdida de Influencia de los Exportadores en la Política Económica	93
5. Conclusiones	95
6. Bibliografía	98

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Balance Fiscal del GNC / PIB (1905-2005).....	5
Gráfico 2: Deuda Interna y Externa del GNC / PIB (1905-2005)	6
Gráfico 3: Distribución Porcentual de Instrumentos de Deuda Externa.....	7
Gráfico 4: Deuda de las Entidades Descentralizadas como porcentaje del PIB.....	8

INTRODUCCION

Este trabajo concentra la atención en los cambios en las instituciones fiscales que se iniciaron a finales de los años ochenta y que se consolidaron en el nuevo orden constitucional. Se muestra acá que la magnitud del efectos de esos cambios tuvieron en términos de los precios relativos¹ de las distintas opciones de financiamiento del gasto del gobierno –v.gr. emisión, tributos, sustitución de gasto y deuda-² permite afirmar que con ellos se creó una nueva constitución fiscal.³ Se analizan acá los efectos que esos cambios en los precios relativos han tenido sobre el comportamiento del Gobierno en lo relacionado con el manejo de las finanzas públicas.

En la nueva constitución fiscal el Gobierno, por un lado, vio restringido el financiamiento con emisión, se le quitaron atribuciones para decretar tributos permanentes y se le redujo discrecionalidad sobre las decisiones de gasto; mientras, de otro, se le facilitó el endeudamiento. En esa medida, tales cambios en la dificultad relativa para acceder a los distintos mecanismos de financiamiento configuró una constitución fiscal que incentiva el uso de deuda.

Se parte acá de unas ideas básicas que con frecuencia son pasadas por alto por quienes se ocupan de los temas fiscales en Colombia: i) la deuda es una alternativa de financiamiento; ii) su escogencia se desprende de una decisión de política fiscal que toma el Gobierno; y iii) para esa escogencia son determinantes los precios relativos de las distintas opciones.

Este trabajo se aparta de la tendencia de la mayoría de los análisis que se han hecho de la evolución reciente de las finanzas que pretenden explicar el aumento del endeudamiento del gobierno por el lado del gasto.⁴ En ellos se le atribuye el

¹ Al respecto Ronald Coase dice: “(...), sin saber que determina a los hombres a elegir como eligen, debemos contentarnos con el conocimiento de que para los seres humanos, en casi todas las circunstancias, un precio (relativo) más alto de lo que sea conducirá a una reducción de la cantidad demandada. Este precio no se refiere a un precio en dinero, sino a precio en su sentido más amplio. Sin importar si los hombres son racionales o no, al ir a un restaurante por un camino peligroso, podemos estar seguros que cada vez menos personas irán si los peligros del camino aumentan.”(traducción libre) (Coase 1988, página 4).

² Si existe también la opción de financiamiento con venta de activos está determinada, por lo general, con políticas relacionadas con la reforma del Estado. De otro lado dicha opción, a diferencia de la emisión y los tributos, y por su naturaleza no ofrece la posibilidad de un flujo permanente. Por esta razón ella no es analizada en este trabajo.

³ Este concepto es tomado de Buchanan. Por *constitución fiscal* se entiende acá las reglas de juego que restringen el poder del gobierno para gastar e imponer tributos. El adjetivo *constitucional* no implica que esas reglas deban estar en la Constitución; más bien, significa que son reglas que preceden y determinan las decisiones que se dan en el juego de la política. Ellas pueden, incluso, ser no escritas, como parece haber pasado con la restricción fiscal a la que se hace mención arriba. Buchanan (2000A).

⁴Ver Rincón, Ramos, Lozano (2004, página 8); Caballero, Posada (2002, página 8); Junguito, Rincón (2004, página33); Rincón, Berthel, Gómez (2003); Echeverri, Fergusson y Querubín.

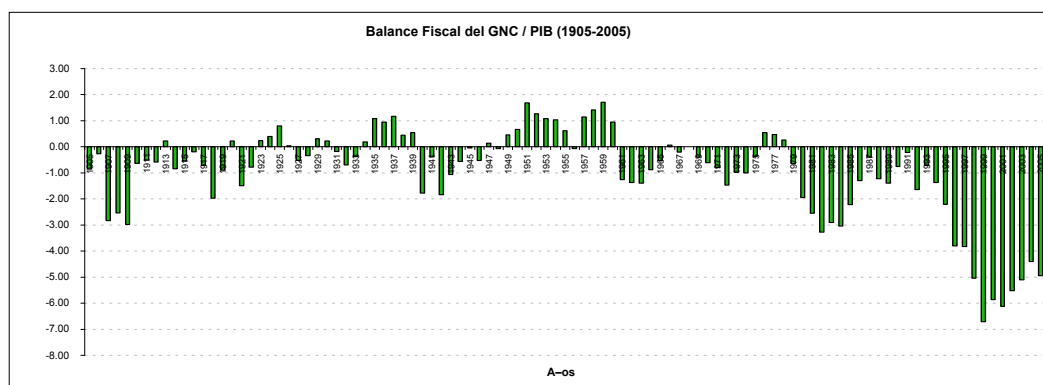
aumento del déficit fiscal del Gobierno al aumento en el gasto, en particular del gasto estatutario creado en la Constitución.⁵

Ese camino no conduce a una explicación plausible de tal aumento. Que los gastos hayan crecido más que los ingresos y que eso se refleje en déficit –v.gr. en deuda- expresa una identidad contable, no causal. No es posible responder la pregunta más importante -por qué el Gobierno ha privilegiado la deuda frente a otras alternativas de financiamiento- a partir de esa aproximación.

El comportamiento del Gobierno manifiesta, de manera inequívoca, su preferencia por esa opción de financiamiento. Lo interesante es entender la racionalidad de esa elección. Por lo tanto, la respuesta a esa pregunta está en la economía y no en la contabilidad pública.

Las finanzas del Gobierno Nacional Central han sufrido un notorio deterioro en los últimos diez años. En ellos los niveles de déficit han permanecido por encima de los que, hasta principios de los años noventa, habían sido los máximos históricos; y el saldo de la deuda como proporción del PIB se ha multiplicado por cuatro.

Gráfico1



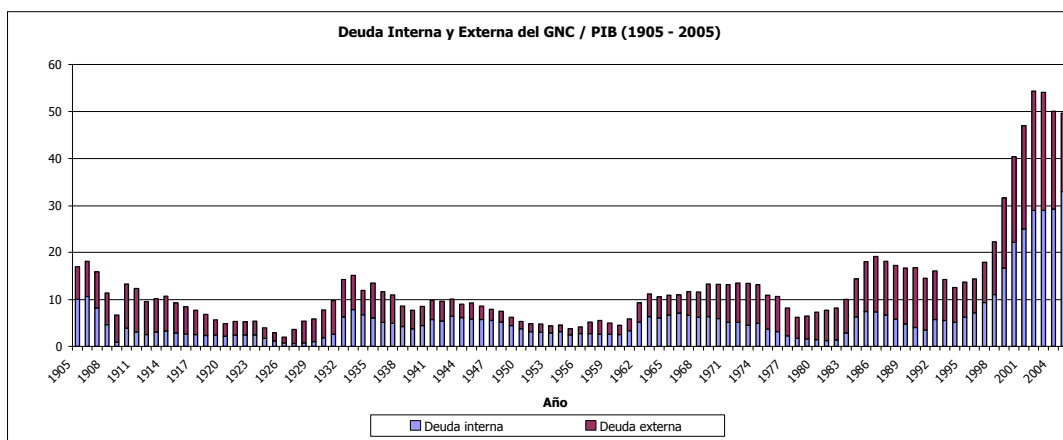
Fuente: Junguito R. y Rincón H, “La política fiscal en el siglo XX en Colombia”, *Borradores de economía*, No. 318, Banco de la República. (Actualizada 2004-2005 con cifras provistas por Hernán Rincón)

(2004). Una excepción es Valenzuela (2003) para quien han sido determinantes en el aumento del déficit tanto la no inclusión de la deuda en el cupo de endeudamiento, como la ausencia de reglas numéricas.

⁵ “Respecto a las consecuencias de la Constitución del 91 hay una amplia gama de opiniones. Pero respecto a sus efectos fiscales hay un alto grado de convergencia alrededor de la conclusión que ella: (i) Aumentó excesivamente el gasto público y las transferencias; (ii) Generó déficits fiscales adicionales; (iii) Estableció rigideces estructurales que han hecho imposible para el país el lograr un balance fiscal sostenible y asegurar un crecimiento similar al histórico.” (Wiesner 2004, p. 9)

El gobierno ha presentado, en los últimos años, un cambio notorio en su comportamiento fiscal, en particular en su política de endeudamiento. A partir de 1995, se incumplió una restricción fiscal intertemporal⁶ implícita a la que los sucesivos gobiernos habían atendido, de manera sistemática, desde principios de siglo. Entre 1905 y 1995 el gobierno sólo presentó déficits superiores al 3% del PIB por más de dos años seguidos en una ocasión – entre 1982 y 1984 (ver gráfico 1)-. En esos 90 años el déficit nunca superó 3,6% del PIB. Así mismo, el saldo de deuda del gobierno sólo estuvo por encima de 20% en tres años – en 1905 (20,6%), 1906 (21,5%) y 1986 (20,6%)-. En esos noventa años, cuando la deuda estuvo por encima de 10 puntos del PIB, la misma nunca creció más de tres años seguidos (ver gráfico 2).

Gráfico 2



Fuente: Junguito R. y Rincón H, “La política fiscal en el siglo XX en Colombia”, *Borradores de economía*, No. 318, Banco de la República. (Actualizada 2004-2005 con cifras provistas por Hernán Rincón)

El desempeño fiscal del GNC de los años noventa para acá es inédito tanto en términos de los niveles de déficit alcanzados, como de su persistencia en el tiempo. El déficit se encuentra por encima de 3% desde 1996 (3,9%); desde 1998 se ha ubicado por encima de 5 puntos del PIB (ver gráfico 1). Entre 1994 y 2003 la deuda se incrementó de manera ininterrumpida 40 puntos del PIB – de 12,5 a 54,3 puntos (ver gráfico 2). En los últimos años el saldo ha bajado alrededor de 4 puntos del PIB, lo que lo ubica en alrededor de 50 puntos del PIB.

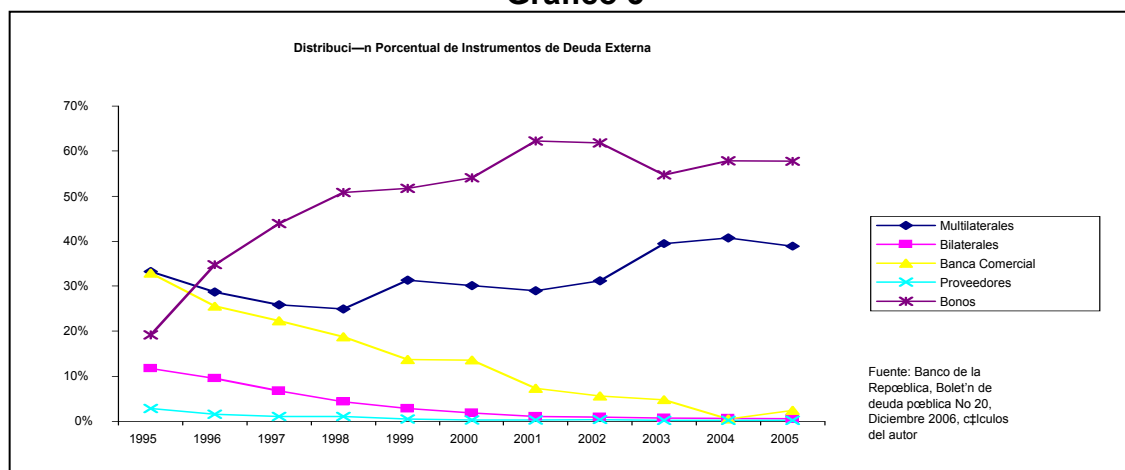
En lo que respecta a la composición de la deuda, ha tenido lugar un cambio composición. Entre 1970 y 1990 en promedio el 68% de la deuda pública era

⁶ Rincón H., Ramos J., Lozano I., “Crisis Fiscal Actual: Diagnóstico y Recomendaciones”, *Borradores de economía*, Banco de la República, 2004, p.8.

deuda externa y 32% interna. (Lozano 2002 Página 6). En 1995 la proporción pasó a 54.8% para la deuda externa y 45.2% para la deuda interna. Para el año de 2005 la deuda interna alcanzó 65.8% del total del endeudamiento y la externa 34.2%.

Otro cambio registrado en la deuda externa es la composición de los instrumentos de endeudamiento. Durante los años ochentas tres cuartas partes de la deuda externa provenían de créditos con las multilaterales, sólo el 2% del endeudamiento externo se había colocado en bonos emitidos en el exterior. (Lozano 2002, páginas 15 y 16) Durante los años 90 se registró un cambio en la composición de la deuda externa. En 1995 las colocaciones de bonos explicaban el 19.2% de la deuda externa. La participación de esta modalidad de endeudamiento alcanzó a representar el 62.1% del endeudamiento externo colombiano. Para 2005 las emisiones de bonos explicaban el 57.7% del endeudamiento externo y el endeudamiento con las multilaterales el 38.8%.

Gráfico 3



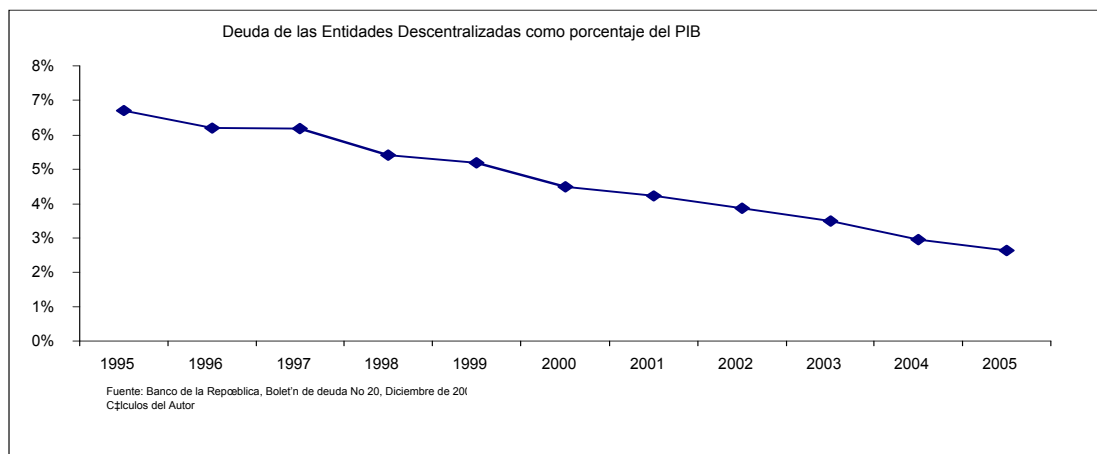
Los mecanismos de endeudamiento interno también han sufrido cambios considerables en su composición. Para 1990, los bonos denominados Títulos de Ahorro Nacional (TAN) representaron el 28% del total de la deuda interna. Las primeras emisiones de los títulos TES B, en 1992, representaron el 38% de la deuda interna. (Lozano 2002). El porcentaje de participación de los TES B en la deuda interna ha continuado aumentando y en 2005 representan el 88.6% del endeudamiento interno colombiano.

Esto se debe tanto a los cambios en la regulación jurídica de la deuda pública interna, como al desarrollo experimentado por el mercado de capitales interno (Carrasquilla, 1999, páginas 198 y siguientes).

Otro aspecto en que se han notado cambios es en la tendencia de endeudamiento de las entidades territoriales. La proporción entre PIB y endeudamiento de las

mencionadas entidades se ha venido reduciendo de manera constante en los últimos diez años. En 1995 el endeudamiento territorial correspondía al 6.7% del PIB, para 1996 se redujo levemente para ser el 6.2% del PIB. Después del 2000, cuando la proporción de la deuda de las entidades territoriales fue del 4.5% del PIB. Para 2005 el endeudamiento de las entidades territoriales es 2.6% del PIB.

Gráfico 4



Es claro que el aumento de gasto ordenado por la Constitución no es el hecho fiscal más relevante de la historia reciente; ni siquiera lo es en términos del incremento total del gasto. Los gastos originados en mandatos constitucionales representan alrededor de la cuarta parte del aumento de los gastos de casi 12 puntos del PIB que tuvo lugar entre 1990 y 2003. En tal aumento pesaron más las decisiones de política, tanto anteriores, como posteriores a la Constitución, que los mandatos de la misma. El aumento del gasto relativo a las transferencias territoriales originado en mandatos constitucionales fue de 3,3 puntos del PIB – pasaron de 2,4 a 5,7-. La suma de los aumentos en gasto militar, pensiones e intereses de la deuda asciende a 8,3 puntos del PIB, lo que equivale a más del 70% del aumento de los gastos entre esos años. El gasto militar se incrementó en 2,5 puntos del PIB –pasó de 2 a 4,5-. Las pensiones aumentaron 2,3 puntos del PIB –de 0,8 a 3,1-. El pago de intereses de la deuda aumentó incluso más que las transferencias territoriales –3,5 puntos-. Este rubro pasó de 1,5 a 4,6 (cifras de Junguito y Rincón, 2003).

El hecho fiscal más importante de los años posteriores a la expedición de la Constitución es, más bien, el cambio en la política de financiamiento del gobierno.

Este trabajo intenta abordar ese tema desde una perspectiva de economía política –v. gr. busca explicar las decisiones de un agente racional (el gobierno) en un contexto de instituciones políticas y económicas. Se asume acá que como cualquier agente racional, el gobierno sopesa los costos y los beneficios de sus decisiones.

El objetivo de este documento es explicar el aumento en el saldo de deuda a partir de un análisis de las reglas que estructuran las decisiones en materia fiscal. No se intenta aquí hacer juicios normativos (en el sentido económico) sobre los efectos de la deuda, ni hacer un análisis de la sostenibilidad de la política fiscal, ni adelantar recomendaciones de política económica.

Esta investigación se divide en seis capítulos. Los primeros tres capítulos se ocupan de los principales cambios en las reglas relacionadas con las alternativas de financiamiento del gasto del Gobierno distintas a la deuda; el primero está dedicado al financiamiento con emisión, el segundo a las restricciones para decretar tributos y el tercero a la discrecionalidad del Gobierno para decidir sobre el gasto. El cuarto capítulo describe los principales cambios en las normas del endeudamiento que han determinado la reducción de costo de la misma, no en términos relativos, sino absolutos. En el quinto se presenta la conclusión del estudio.

1. CAMBIO EN LAS REGLAS SOBRE EL USO DE LA EMISIÓN PARA FINANCIAR GASTO DEL GOBIERNO

Desde 1923, con la creación del Banco de la República, hasta la expedición de la Constitución en 1991, la emisión constituyó una fuente regular de financiamiento del Gobierno. Su uso fue continuo, en particular, en la década de los 30 –con motivo de la depresión económica– y de los 80 –con ocasión de la crisis de la deuda externa.⁷

Tal financiamiento se daba, principalmente en tres modalidades. La primera consistía en un préstamo directo del banco al Gobierno, previa suscripción de un contrato de empréstito. La segunda era la compra, por parte del Banco, de bonos de deuda pública emitidos por el Gobierno. La tercera era el traslado de las utilidades generadas por la compra y venta de divisas que efectuaba el Banco⁸ a la Cuenta Especial de Cambios.⁹

⁷ Según Avella Gómez, en la década de los 30, los créditos primarios llegaron a ser del orden del 3.5% del PIB, y en los 80, del orden del 5.8% del PIB, mientras entre los 40 y 70 apenas alcanzaron el 0,4% del PIB (2000, p. 189).

⁸ Antes de la Constitución de 1991, el Banco de la República tenía el monopolio de la compra y venta de divisas.

⁹ Dado que esta operación se llevaba a cabo con recursos de emisión y que los dineros de la cuenta eran empleados, al principio, por el Gobierno para pagar deudas contraídas con el mismo y, más adelante, para financiar otros gastos, esta cuenta constituía otra forma de financiación del banco al Gobierno con recursos de emisión: “Las entregas al gobierno de las UCVD [Utilidades por Compra Venta de Divisas] constituyen expansión monetaria de carácter primario. Su naturaleza es idéntica a la de un crédito cualquiera al gobierno central. La razón de este hecho es muy simple. Por su propia naturaleza, cualquier transferencia de carácter monetario del Banco Central a cualquier agente de la economía implica expansión primaria de circulante. Las ganancias de capital

Si bien la Ley 25 de 1923, que creó el Banco de la República, impuso restricciones para el financiamiento del Gobierno con emisión consistentes en límites a los montos de emisión permitidos, la composición de la Junta y sus procedimientos de aprobación, y los plazos, las mismas se relajaron de manera sistemática, hasta mediados de los años ochenta.

Justificada tanto en los altos niveles de inflación y la inestabilidad de precios que estos instrumentos generaron durante los 80, como en la falta de transparencia que provocaban en términos del financiamiento del gasto, la Constitución de 1991 le impuso límites estrictos a su uso. El primero de ellos fue exigir la unanimidad de los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República para la aprobación de los préstamos directos (artículo 373 constitucional), lo que dada la composición de la Junta del Banco, convirtió el financiamiento mediante esos instrumentos de emisión en una posibilidad apenas teórica. Si bien la nueva Carta dejó abierta la posibilidad de que el Banco adquiriera títulos de deuda pública, ello sólo puede tener lugar mediante operaciones de mercado abierto, opción de la que no se ha hecho mayor uso desde entonces.¹⁰ En lo que respecta a la Cuenta Especial de Cambios, su uso comenzó a ser restringido a partir del Gobierno del Presidente Betancourt y en 1992 se dispuso su liquidación definitiva.

El nuevo modelo de banca central adoptado en 1991 ha presentado resultados satisfactorios en términos de control de la inflación. Sin embargo, ello ha llevado a una reducción de los recursos que el Gobierno anteriormente obtenía por concepto de señoreaje.

1.1 1923-1991: La Emisión como Mecanismo Regular de Financiación del Déficit Fiscal

Por medio de la Ley 25 de 1923, en buena medida como resultado de la primera Misión Kemmerer, se creó el Banco de la República con el encargo de poner en circulación una moneda cuyo nombre, condiciones y características serían determinadas por el Congreso de la República (numeral 15 del artículo 76 de la Constitución de 1886), pero cuyos recursos serían de origen privado. La regulación contenida en esa norma impuso algunas restricciones al otorgamiento de créditos al Gobierno que buscaban evitar que éste pudiera disponer a su antojo de la emisión y generar desordenes monetarios como los que tuvieron lugar en el siglo XIX. En esa dirección, dicha ley autorizó al banco a otorgar créditos a la Nación, los departamentos y los municipios, incluso por medio de la inversión en títulos de deuda, siempre que éstos i) no superaran el 30% del capital y las

por el manejo de reservas y por consiguiente las UCVD, son un excedente de carácter contable que pertenece usualmente a los bancos centrales y cuya monetización es discrecional.” (Montenegro, 1983, p. 104).

¹⁰ La Constitución no establece una mayoría calificada para la aprobación de estas operaciones.

reservas de la institución, ii) fueran aprobados por 7 de los 10 miembros de la Junta Directiva, y iii) fueran cancelados dentro de los 90 días siguientes.¹¹

Desde la creación del Banco hasta la década de los ochenta, esas reglas se relajaron, de manera consistente, a favor del Gobierno: i) su cupo de crédito con el emisor aumentó; ii) aumentó su ingerencia en las decisiones del banco, y iii) las condiciones contractuales, en términos de plazos y costo de los créditos, se acomodaron a sus necesidades coyunturales.

En 1931, luego de que tuviera lugar la segunda Misión Kemmerer y que se abandonara el patrón oro, y ante la dificultad de obtener créditos en el exterior, el Gobierno concedió al banco la explotación de las salinas terrestres de Zipaquira, Nemocón, Sesquilé y Tausa –el contrato fue aprobado por el Decreto 2214 de 1931-, bajo la condición de que el banco le entregara un anticipo de \$15'000.000 por las ganancias futuras de la explotación con un interés anual del 3%. El pago de este anticipo, el cual se llevó a cabo mediante emisión, contribuyó a financiar el déficit fiscal de ese entonces y amplió, en forma considerable, la base monetaria entre 1931 y 1934 (Meisel Roca, 1990, p.292).

En el mismo año, en virtud de la Ley 73 de 1930, el cupo legal de créditos que el banco podía otorgar al Gobierno se amplió al 45% de su capital más sus reservas, lo que dio lugar a un gran dinamismo en el otorgamiento de estos créditos. Para ello se facultó al banco para que concediera, además de los préstamos previstos en la Ley 25 de 1923, préstamos a los bancos accionistas y al público por periodos no mayores a noventa días, hasta por el 15% de su capital y reservas, sobre garantías adicionales de bonos o pagarés del Gobierno que vencieran en un término no mayor a cinco años a partir de la fecha del préstamo, y de libranzas de la Tesorería Nacional a un término no mayor a seis meses. Esta ley también autorizó al banco a comprar dichos documentos a entidades oficiales y a adquirirlos o venderlos en el mercado, todo dentro de ese cupo adicional del 15%¹² (Ibáñez Najar, p. 344).¹³ Lo anterior condujo a que la oferta monetaria creciera del 22.3% en 1933 al 28.6% en 1934 (Meisel Roca, 1990, p. 294).

¹¹ La misma norma estableció que sólo 3 funcionarios del Gobierno distintos al Ministro de Hacienda serían miembros de la Junta Directiva; los otros 7 miembros serían nombrados por los accionistas de banco y sólo 3 podían ser banqueros

¹² "Artículo 1° El Banco de la República podrá, con el voto afirmativo de siete (7) miembros de la Junta Directiva, hacer préstamos por periodos no mayores de noventa días, a los Bancos accionistas y al público, hasta por un monto igual al quince por ciento (15 por 100) de su capital y reservas, además de las sumas comprendidas en el treinta por ciento (30 por 100) de que trata el ordinal d) del inciso 6° del artículo 11 de la Ley 25 de 1923, sobre garantías adicionales de bonos o pagarés del Gobierno Nacional, que venzan en un término no mayor de cinco años, a partir de la fecha en que se hagan tales préstamos, y de libranzas de la Tesorería Nacional a un término no mayor de seis meses.

Podrá también el Banco de la República descontar a los Bancos accionistas documentos suscritos por firmas particulares o por entidades oficiales, que estén garantizados con dichos bonos, pagarés o libranzas, siempre que reúnan las demás condiciones para ser descontables; y tendrá facultad, además, para comprar dichos documentos a entidades oficiales, y para adquirirlos y venderlos en

Las reformas que sucedieron la segunda Misión Kemmerer incluyeron, también, la ampliación del número de integrantes de la Junta Directiva del Banco a doce, con el propósito de darle participación a representantes del comercio, la agricultura y la industria¹⁴ –Ley 82 de 1931-, y la inclusión en la misma del Ministro de Hacienda como miembro permanente, pero sin derecho a voto. Luego, la Ley 46 de 1933, suprimió los tres puestos de los banqueros en la junta, con lo que el número de miembros de la misma se redujo a nueve.

En 1935, por medio de la Ley 7°, se aprobaron dos contratos celebrados el 31 de octubre de 1934, entre el Gobierno y el Banco de la República. El primero buscaba liberar el presupuesto de una parte de la carga que representaba la deuda adquirida por el Gobierno con el Banco a través del contrato de concesión de las salinas. Para ello se acordó que en ese año el Gobierno no haría amortizaciones a dicho crédito y que el Banco le cedería el total del producto líquido proveniente de la explotación y que, de ahí en adelante, ese producto líquido se distribuiría por mitades con el emisor. Esto significó un aumento del plazo de los créditos contraídos por el Gobierno con el Banco, ya que con el producto de la explotación de las salidas, el primero venía pagando al segundo los préstamos que le había concedido desde 1932 (López Mejía, “El Banco de la República y la política económica entre 1935 y 1946”, 1990, p. 371).¹⁵

mercado abierto, todo dentro del referido quince por ciento (15 por 100) adicional y con el voto afirmativo de siete (7) directores.”

¹³ La segunda misión Kemmerer había recomendado aumentar el límite legal de los préstamos que el banco podía otorgar al Gobierno, para lo cual señaló que debía facultársele para conceder a los accionistas y al público en general préstamos garantizados con obligaciones del Gobierno, a corto plazo y hasta por un monto igual al 15% de su capital y reservas (Ibáñez Najjar, Jorge Enrique. “La segunda misión Kemmerer”, 1990, p. 340).

¹⁴ Se permitió la participación de una para un representante de la Federación Nacional de Cafeteros, y otro de las cámaras de comercio.

¹⁵ El texto de este contrato era el siguiente:

“Primero. Incorporar en la cuenta de avances al Gobierno por concepto de la concesión de las salinas terrestres, los saldos a cargo del Estado provenientes de dichos avances y los que resultan del crédito que reza el documento de deber de 10 de febrero de 1933, provenientes de la financiación del Departamento de Antioquia, autorizado por el Gobierno a favor del Banco y el cual debe amortizarse con parte del producto líquido de las salinas antes mencionadas.

Segundo. Que durante el año 1935, el Gobierno perciba los productos líquidos de la explotación de las salinas terrestres materia de la concesión otorgada al Banco por el contrato de 12 de diciembre de 1931, previa deducción que el mismo Banco hará para sí, de la comisión reconocida a este último y los intereses correspondientes al mismo, sobre aquellos saldos que aparecieran a cargo del Gobierno y a favor del Banco en 31 de diciembre de 1934, en razón de avances o préstamos hechos al Gobierno por esta última entidad, con cargo a los productos líquidos de las salinas confiadas a su explotación, según los documentos indicados en los considerandos relacionados antes.

Tercero. Que la amortización de los respectivos saldos no comience a efectuarse sino a partir del 1° de enero de 1936, aplicando al pago de la comisión correspondiente al Banco, a los intereses a que él tuviere derecho y a la amortización de capital, únicamente el 50 por 100 del producto líquido anual de la explotación de las salinas, pudiendo el Gobierno hacer suyo y dedicar a fines

Con el segundo se creó la Cuenta Especial de Cambios, a la cual, se dispuso, ingresarían las utilidades que el Banco obtuviera por la compra y venta del oro físico y por giros al exterior, cuando la ley reconociera la devaluación del peso¹⁶. Además, se acordó que las utilidades generadas por el cálculo de las reservas de oro del emisor a la tasa de cambio del mercado, serían utilizadas, de un lado, para pagar las deudas contraídas por el Gobierno con el Banco durante la guerra con el Perú; y de otro, para crear el Fondo de Estabilización, el cual se utilizaría para controlar la fluctuaciones en el precio de los bonos del Estado y regular la política monetaria (p. 372).¹⁷

administrativos diferentes, el 50 por 100 restante, pignorado antes para el pago o cancelación de los respectivos créditos.

Cuarto. Que, consecuentemente, el plazo total para la extinción de las deudas varias veces citadas, se amplía por todo el término necesario para obtener la cancelación o pago efectivo de ellas, en los términos indicados por el ordinal precedente; y (...)"

¹⁶ Al respecto, es necesario mencionar que el Decreto 2092 de 1931 confirmó que el Banco de la República tenía el monopolio de la compra y venta de oro y de divisas, luego del desmonte del patrón oro a nivel internacional.

¹⁷ El texto del contrato era el siguiente:

"Como consecuencia de los contratos de préstamo con garantías específicas, acordados entre el Gobierno Nacional y el Banco de la República en desarrollo de las autorizaciones otorgadas al Gobierno por las disposiciones de la Ley 44 de 1933; de los Decretos-leyes números 2828 de 1933 y 376 de 1934 y del Decreto legislativo número 578 de 1934, la Nación debe a esta fecha al Banco de la República en los términos respectivamente prometidos la suma global de ocho millones ochocientos ochenta y cinco mil ciento sesenta pesos con treinta y cinco centavos (\$8.885,160-35), que se descompone así: por razón del contrato de 23 de febrero de 1933: seiscientos treinta y cinco mil ciento treinta y un pesos con cincuenta centavos (%635.131-50); por el contrato de 12 de diciembre de 1933: cuatro millones setecientos ochenta y cinco mil novecientos cuatro pesos con cuarenta y cinco centavos(\$4.785.904-45); por el contrato de 20 de febrero de 1934: un millón setecientos treinta y siete pesos con ochenta y siete centavos (\$1.732.137-87), y por el contrato de 16 de marzo de 1934: un millón setecientos treinta y un mil novecientos ochenta y seis pesos con cincuenta y tres centavos (\$1.731.986-53).

Y en el propósito del Gobierno y el Banco de llegar a la solución de las referidas deudas, se ha pactado entre ellos, de mutuo acuerdo, lo siguiente:

Primero. El saldo que resulte a cargo del Gobierno Nacional el último de diciembre de 1934 por causa de los créditos expresados, tendrá para su pago un plazo de cinco (5) años a partir de esta última fecha, si antes de la expiración de tal término no se hubiere efectuado su cancelación en las condiciones o por los medios de que se hablará luego.

Segundo. Después del 31 de diciembre de 1934, los saldos de que se trata dejarán de ganar intereses, y los devengados y no pagados en ese día se capitarán para establecer en dicha fecha el monto líquido de las correspondientes deudas a favor del Banco y a cargo de la Nación.

Tercero. Las diferentes garantías prendarias que todavía respaldan los créditos de que se trata, volverán al Gobierno con la facultad de este último de disponer de ellas en la forma legal que estimare conveniente; pero es entendido que el producto de la cuota militar, de que trata el contrato de 23 de febrero de 1933, continuará recibiendo el Banco con destino a la cancelación del crédito respectivo, e igualmente continuará recaudando el Banco el cincuenta por ciento (50 por 100) de la renta de la gasolina como se establece en el artículo 4° del contrato de 20 de febrero de 1934, para entregar de él la parte que corresponde a los otros Bancos acreedores, y el saldo para ponerlo a disposición del Gobierno por conducto de la Tesorería General de la República.

Cuarto. El Banco de la República ratifica su propósito declarado ya en sesiones anteriores de su Junta Directiva, de fechas 4 de octubre de 1933 y 10 de septiembre de 1934, de reconocer al

Más adelante, la Ley 167 de 1938 oficializó por primera vez la devaluación del peso como resultado de la depreciación que éste había presentado desde 1932

Estado la utilidad que pudiere él obtener sobre las existencias de oro físico del Banco al ser sancionada una disposición legislativa que reduzca el contenido de oro de la unidad monetaria del país. Y en dicho evento, el Estado destinará en primer término tales utilidades a cancelar los préstamos del Gobierno mencionados en la presente convención, y aquellos otros que estuvieren vigentes a favor del Banco hasta la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) para tomar un fondo destinado a permitir al Banco la compra y venta de bonos del Estado, con el fin de estabilizar el precio de estos últimos, e influir en el mercado monetario en el sentido que aconsejen las conveniencias del país. El Banco estará obligado a destinar para los mismos fines una cantidad no menor del cinco por ciento (5 por 100) de sus utilidades anuales, y está facultado para aplicar cualquier saldo restante que quedare de propiedad del Gobierno, después de completar la indicada reserva de un millón de pesos (\$1.000.000) a la cancelación de otras deudas del mismo Gobierno a favor del propio Banco.

Parágrafo. En consecuencia, el Banco queda ampliamente autorizado para comprar y vender, en mercado abierto, bonos del Gobierno Nacional, de cualquier clase de los que hay actualmente en circulación o de los que los sustituyan en el futuro; pero en ningún caso podrá poseer como de su propiedad una cantidad mayor del ciento cincuenta por ciento (150 por 100) de su capital y fondo de reserva legal. Las utilidades o pérdidas que tenga el Banco en estas operaciones serán llevadas al fondo de reserva para garantía de los bonos aquí establecidos.

Quinto. El Gobierno y el Banco, teniendo en cuenta que la intervención del último en la compra y venta de oro físico y giros sobre el Exterior se ejercita únicamente en beneficio de la economía nacional, conviene en que la Junta Directiva del Banco puede ordenar libremente la compra, exportación y venta de oro físico y giros sobre el Exterior.

Las utilidades o pérdidas que resulten por concepto de estas operaciones desde la fecha de este contrato, hasta aquella en que se reestablezca la convertibilidad del billete del Banco de la República, serán llevadas a una cuenta especial que se liquidará al verificar la reducción del contenido del oro de la unidad monetaria y luego al reestablecer la convertibilidad del billete del Banco. En cada una de las dos liquidaciones, el saldo de esta cuenta se llevará a la del Gobierno por concepto de las deudas a que refiere este contrato.

Es entendido que las pérdidas que resulten por razón de operaciones debidas a resoluciones de la Junta Directiva del Banco tomadas sin el voto favorable del Ministro de Hacienda, serán de cargo del Banco.

Para efecto de estas liquidaciones la Superintendencia Bancaria revisará en adelante, al fin de cada semestre, la cuenta de cambios, y con el visto bueno de esta entidad se considerará aceptada por el Gobierno la cuenta hasta la fecha de la respectiva revisión.

Sexto. De su parte, el Gobierno se obliga a que a partir del 1° de enero próximo, las compras de giros sobre el Exterior que el mismo Gobierno hiciere al Banco al cambio de ciento trece por ciento (113 por 100) para cheques por dólares, no excederán de las sumas que reciba el Banco por valor de quince por ciento (15 por 100) de las exportaciones, reservado por los Decretos Leyes números 643 y 1291 del año en curso.

Séptimo. El Banco no hará uso del derecho que tiene as reembolsarse el excedente entre el monto de los giros sobre el Exterior vendidos al Gobierno al ciento trece por ciento (113 por 100) y las cantidades que ha comprado por cuenta del Gobierno al mismo tipo de cambio, en razón del quince por ciento (15 por 100) de que se habla antes, diferencia que asciende hoy a la suma de once millones setecientos veintidós mil ochocientos sesenta y cinco pesos con diez y nueve centavos \$11.721.865-19); y

Octavo. Con el propósito de que el Banco pueda ejecutar las operaciones que las leyes le atribuyen, y en consideración a que una parte de sus reservas en oro se hallan cotizadas a la par a la par en sus libros, el Gobierno faculta al Banco para disminuir la reserva legal que respalda sus billetes, del treinta por ciento (30 por 100) mientras no se decreta la disminución del contenido de oro de la unidad monetaria del país.”

respecto del oro.¹⁸ La misma norma señaló que las utilidades que el reconocimiento de la devaluación generara serían destinadas, entre otros, a financiar el gasto público, a pagar la deuda que el Gobierno tenía con el Banco como consecuencia de la guerra con Perú, al Fondo de Estabilización y a la creación de una nueva Cuenta Especial de Cambios (p. 373).

Con ocasión del aumento del déficit fiscal que tuvo lugar en 1940 -cuyas causas fueron, entre otras, la disminución del recaudo del impuesto de aduanas y el aumento del gasto público desde el comienzo de la administración de Eduardo Santos-, por mandato legal se autorizó la celebración de un nuevo contrato de empréstito entre el Banco y el Gobierno, por la suma de \$17'000.000, aprobado por el Decreto Ley 1331 de 1940. En él se pactó que la mitad de la suma prestada se incorporaría a la cuenta de avances de la explotación de las salinas, y la otra mitad sería pagadera a 8 años con fondos provenientes de la renta de la gasolina (p. 374). Dos años después, con el Decreto Ley 1361 de 1942¹⁹, se autorizó la ampliación del plazo de dicho crédito, con el fin de liberar recursos del presupuesto nacional para atender otros gastos. Para ello se le ordenó al Gobierno gestionar la reforma de este contrato para ampliar el plazo de pago de la deuda²⁰. El contrato producto de esta negociación fue aprobado por medio del Decreto Ley 1512 del mismo año. En este decreto se autorizó al Gobierno a emitir los “Bonos Internos de Salinas”, los cuales fueron adquiridos por el Banco de la República con un plazo de amortización de 29 años (p. 374).²¹ Esta figura de compra de bonos de deuda por el Banco fue usada de nuevo en 1945, cuando se emitieron nuevos “Bonos Internos de Salinas” y los bonos de la “Deuda Interna Unificada Clase A” (p. 379).

En el Decreto Ley 1361 de 1942 se abrió un nuevo cupo de crédito del Banco al Gobierno por el 40% de su capital y reservas, con el fin de cubrir las necesidades de tesorería del presupuesto ordinario (p. 374).²² Este decreto fue expedido en

¹⁸ La norma fijó la nueva paridad en \$ 1,7495. Es preciso indicar que el Código Fiscal de 1912 había establecido la paridad entre el peso colombiano y el dólar estadounidense.

¹⁹ Este decreto se expidió en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al Presidente por medio de la Ley 128 de 1941.

²⁰ “Artículo 1°. El Gobierno Nacional procederá a gestionar con el Banco de la República la reforma del contrato de 21 de junio de 1940, aprobado por el Decreto número 1381 del mismo año, a efectos de conseguir una ampliación de los plazos para el pago de la deuda a la que se refiere la parte segunda de la cláusula 4° del mismo instrumento, incorporando dicha deuda en la cuenta de ‘Avances concesión salinas’ y complementando, en caso necesario, las actuales garantías con el producto de las demás salinas confiadas a la administración del Banco.

Los contratos que se celebren en desarrollo de este artículo sólo requieren para su validez la aprobación del Presidente de la República, previo concepto favorable del Consejo de Ministros.”

²¹ La emisión de estos bonos originalmente había sido autorizada por el Decreto-ley 1387 de 1940.

²² “Artículo 2°. Autorízase al Banco de la República para abrir a favor del Gobierno Nacional un nuevo cupo de crédito, por una cantidad equivalente al 40% del capital y reserva legal del Banco, el cual cupo (sic) podrá utilizarse únicamente de acuerdo con las reglas siguientes:

a) Se usará tan sólo para atender las necesidades de tesorería que deriven del ejercicio del Presupuesto ordinario, sin que pueda abrirse con base en él ningún crédito adicional o extraordinario nuevo.

ejercicio de las facultades extraordinarias que el Congreso le concedió al Presidente en la Ley 128 de 1941, con el fin de permitirle al mismo adoptar medidas económicas para compensar el descenso de las rentas de aduanas que se había presentado –según el mismo decreto- por las dificultades que la Segunda Guerra Mundial había generado sobre el comercio internacional y la navegación marítima.

En 1949, durante el Gobierno de Mariano Ospina, mediante el Decreto Ley 3882 se autorizó al Banco de la República, de un lado, a adquirir títulos de deuda pública –Pagarés de tesorería 1949-, dentro de un cupo que para el efecto señalaría su Junta Directiva y a otorgar créditos al Fondo de Estabilización garantizados con los mismos títulos²³; y de otro, a elevar el cupo de crédito a favor del Gobierno hasta una monto equivalente al 60% de su capital y reserva legal. Este cupo debía ser empleado únicamente para atender necesidades de tesorería que se derivaran del ejercicio del presupuesto ordinario, pues el decreto expresamente indicó que no podrían abrirse créditos adicionales o extraordinarios con fundamento en los préstamos que se otorgaran.²⁴

A comienzos de los años 50, se comenzó a discutir la necesidad de que el Banco se convirtiera en banca central, con el objeto de que, además de la función de emisión, se ocupara del manejo de las políticas monetaria, cambiaria y crediticia. La primera medida en este sentido se adoptó fue el Decreto 756 de 1951, el cual otorgó a la Junta Directiva del Banco el diseño de estas políticas.²⁵ Esta

-
- b) El Gobierno lo utilizará por medio de la expedición de libranzas o pagarés de plazo no mayor de 180 días y que tendrán un interés hasta del 4% anual.
 - c) El Banco de la República podrá, según las condiciones del medio circulante y del mercado monetario, vender a las entidades bancarias y a los particulares, en el país o en el Exterior, con su endoso o sin él, los mencionados pagarés o libranzas, o bien conservarlos en su poder.”

²³ “Artículo 5°. El Banco de la República, dentro de un cupo especial que señalará la Junta Directiva con el voto favorable de siete Directores, incluyendo el del Ministro de Hacienda y Crédito Público, podrá adquirir y poseer ‘Pagarés de Tesorería 1949’ y otorgar préstamos al Fondo de Estabilización, garantizados con dichos documentos.”

²⁴ “Artículo 6° Autorízase al Banco de la República para elevar el cupo de crédito a favor del Gobierno Nacional hasta una cantidad equivalente al 60% del capital y reserva legal del Banco, el cual cupo (sic) podrá utilizarse únicamente de acuerdo con las reglas siguientes:

- a) Se utilizará tan sólo para atender a las necesidades de Tesorería que se deriven del ejercicio del Presupuesto ordinario, sin que pueda abrirse con base en él ningún crédito adicional o extraordinario nuevo;
- b) El Gobierno lo utilizará por medio de la expedición de libranzas o pagarés, de plazo no mayor de 180 días, y que tendrán un interés de hasta el 4% anual;
- c) El Banco de la República podrá, según las condiciones del medio circulante y del mercado monetario, vender a las entidades bancarias y a los particulares, en el país o en el Exterior, con su endoso o sin él, los mencionados pagarés o libranzas, o bien conservarlos en su poder.”

²⁵ Este decreto facultó a la Junta Directiva del Banco de la República para lo siguiente:

“1. Determinar cupos ordinarios para préstamos y descuentos a los bancos en el Emisor, teniendo en cuenta el capital y reserva de cada banco. Determinar los cupos especiales de redescuento para operaciones en sectores que el gobierno desee fomentar, tales como agricultura, industria, etc. Determinar cupos extraordinarios para suplir temporalmente las necesidades de los bancos.

2. Determinar los requisitos que debían reunir las obligaciones redescontables.

disposición también trasladó el control del Fondo de Estabilización a la Junta Directiva del Banco y señaló la necesidad de crear incentivos a los créditos de fomento.²⁶

Sin embargo, se sostenía que para entregar el diseño de las políticas cambiaria, monetaria y crediticia al Banco era necesaria una reforma de su Junta Directiva, ya que el diseño de las mismas no podía dejarse en manos de los particulares. Por esta razón, mediante el Decreto 2057 de 1951 se permitió la participación del Ministro de Hacienda con voz y voto en las discusiones del cuerpo directivo.²⁷

El Decreto 756 de ese mismo año concedió un cupo de crédito al Gobierno ante el Banco equivalente al 8% del valor de las rentas recaudadas en el año inmediatamente anterior.²⁸

3. Determinar las tasas de interés y descuento que debería cobrar el Emisor a los bancos 'según la importancia económica de la respectiva operación y su finalidad y para determinar las tasas que los bancos podrían cobrar a sus clientes por operaciones descontables, debiendo examinar el destino de los fondos obtenidos por el cliente en cada operación'.

4. Señalar encajes hasta del 100% sobre aumentos de depósitos exigibles o a término, con la posibilidad de autorizar la inversión de todo o parte de este encaje" (Arango Londoño, 2000, p. 346).

²⁶ Esta última parte de la ley fue producto de la preocupación que muchos países tenían por desarrollar políticas de crédito de fomento, y de la idea de que el banco central debía jugar un papel importante en la materia (Ortega, p. 263). Esta preocupación se plasmó en las recomendaciones de la Misión Grove –compuesta por dos miembros de la Junta de la Reserva Federal de los Estados Unidos–, en las cuales se hablaba de la necesidad de que el banco otorgara créditos subsidiados a los sectores productivos del país para promover el desarrollo económico (Meisel Roca, "Autonomía de la banca central e inflación. La experiencia colombiana, 1923-1995", 1996, p. 9).

²⁷ Por medio del Decreto Legislativo 2057 de 1951, se determinó que la Junta Directiva de banco estaría conformada por el Ministro de Hacienda, dos representantes más del Gobierno, tres directores elegidos por bancos nacionales y extranjeros, un director propuesto por las sociedades de agricultores y asociaciones de ganaderos y elegido por el Gobierno, un director propuesto por las cámaras de comercio y elegido por el Gobierno, y el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros. Citado por Avella Gómez, 2000, p. 170.

De otro lado, vale la pena mencionar que en la Misión del Banco Mundial de 1951 se criticó que la Junta Directiva estuviera integrada por los mismos destinatarios de los créditos primarios –ya que se aseguraba los gremios también sacaban provecho de la inflación– y no por personas que velaran por el interés de todos los ciudadanos (Avella Gómez, 2000, p.p. 170 y 171).

²⁸ "Artículo cuarto. Autorízase al Banco de la República para elevar el cupo de crédito a favor del Gobierno Nacional, de que trata el artículo 6° del Decreto 3882 de 1949, hasta una cantidad que no exceda del 8% del valor de las rentas que se recauden en el año inmediatamente anterior, y en ningún caso superior al 90% del capital y reserva legal del mismo Banco, cupo que podrá utilizarse únicamente con las reglas siguientes:

- a) Se usará tan sólo para cubrir deficiencias estacionarias o transitorias de Tesorería, y mantener la regularidad en los pagos que se deriven del ejercicio del Presupuesto Ordinario, sin que pueda abrirse con base en él ningún crédito adicional o extraordinario nuevo;
- b) El Gobierno lo utilizará por medio de la expedición de libranzas o pagarés que deberán ser cubiertos dentro del respectivo año fiscal, los que tendrán un interés hasta del 4% anual;
- c) El Banco de la República podrá, según las condiciones del medio circulante y del mercado monetario, vender a las entidades bancarias y a los particulares, en el país o en el Exterior, con su endoso o sin él, los mencionados pagarés o libranzas, o bien conservarlos en su poder."

En 1955 se acudió, de nuevo, a la emisión para financiar el déficit fiscal, esta vez para financiar, en particular, la deuda producto de recolección del pasivo interno de la siderúrgica Paz del Río y permitir su ampliación. Para ello se emitieron bonos de deuda cuyo principal comprador fue el Banco (López Mejía, “El Banco de la República y la política macroeconómica, 1955-1962”, 1990, p. 481). Entre 1957 y 1958, como solución a la reducción de los recursos de origen externo y la inexistencia de un mercado de capitales, el Banco realizó emisiones –mediante créditos de fomento- para financiar el Fondo de Estabilización, la Federación Nacional de Cafeteros y el Fondo de Ganaderos (p. 463). En 1961, el Banco emitió para adquirir títulos de deuda del Gobierno (p. 484).

En 1962 se retomó la discusión sobre los inconvenientes del origen privado del capital del Banco, entre otras razones, por considerar que el manejo de la política monetaria era una cuestión de soberanía nacional. Esta vez la discusión se concretó en la Ley 21 de 1963, en la cual se resolvió conservar dicho origen y asignar las funciones referidas a un nuevo órgano de carácter estatal, la Junta Monetaria, cuya conformación se delegó al Ejecutivo por medio del otorgamiento de facultades extraordinarias. En ese entonces, varios sectores de la opinión abogaban por que la creación de la Junta Monetaria sirviera para independizar la autoridad monetaria de las influencias gubernamentales y, en este orden, que la misma fuera conformada por funcionarios públicos de alto nivel técnico, de dedicación exclusiva y que no dependieran del Ejecutivo.²⁹ Sin embargo, este objetivo no se logró, pues al ejecutar las facultades extraordinarias aludidas – Decreto Ley 2206 de 1963-, el Gobierno determinó que la junta fuera integrada por funcionarios dependientes de él³⁰, bajo el argumento de que sólo con esta conformación se lograría articular las políticas monetaria y cambiaría con la política económica general (Avella Gómez, 2000, p. 124³¹).³² Es así como, a partir

Esta previsión fue derogada por la Ley 36 de 1962.

²⁹ Alfonso Palacio Rudas, por ejemplo, en su calidad de senador, fue el promotor de esta postura. En respaldo, aseguraba que era necesario inmunizar a los miembros de la Junta Monetaria del gigantismo estatal, que la intervención del Estado en la economía no debía significar necesariamente la acumulación de funciones en el Ejecutivo, y que la participación de ministros del despacho y directores de corporaciones públicas en este cuerpo generaba distorsiones en las decisiones, ya que todos luchaban por llevarse la mayor parte del crédito (Avella Gómez, 2000, p.p. 122 a 126).

³⁰ Según el artículo 5 del Decreto Ley 2206 de 1963, la Junta Monetaria estaba integrada por el Ministro de Hacienda –quien la presidía-, el Ministro de Fomento –posteriormente Ministro de Desarrollo Económico-, el Ministro de Agricultura, el Jefe del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos –actualmente el Departamento Nacional de Planeación- y el Gerente del Banco de la República. Posteriormente, fueron incluidos el Director del Incora como miembro con voz y voto. Además, asistían como invitados permanentes el Secretario Económico de la Presidencia de la República y el Superintendente Bancario.

³¹ Pié de página 35.

³² Este debate se surtió en el marco de las discusiones entre estructuralistas y monetaristas, toda vez que los primeros –con el respaldo de la CEPAL- afirmaban que el desarrollo del país debía lograrse en un contexto de inflación, por cuanto este fenómeno es de la estructura del

de 1963, la Junta Monetaria se encargaría de adoptar las políticas y el Banco de ejecutarlas y administrar las reservas internacionales.

En relación con la cuenta especial de cambios, en 1967, con el Decreto Ley 444 – “Sobre régimen de cambios internacionales y de comercio exterior”-, el Gobierno dispuso que un porcentaje de las utilidades obtenidas por el Banco por la compra y venta de divisas debía ser trasladado a la cuenta aludida.³³ Así mismo, el decreto indicó que las utilidades que resultaran de la revaluación de las divisas del país serían consignadas en la misma cuenta³⁴ y consideradas un ingreso corriente del Gobierno cuyo estimativo debía incluirse en el presupuesto³⁵. A partir de la expedición de esta disposición, la cuenta especial de cambios se convirtió en una fuente importante de recursos para el Gobierno.

Con el Acto Legislativo 01 de 1968 se reformó el artículo 120 de la Constitución y se le otorgaron al Presidente facultades constitucionales autónomas de intervención en el órgano emisor y en la actividad de intermediación financiera mediante la inspección de los establecimientos de crédito. Con fundamento en esta nueva competencia, surgieron los decretos constitucionales autónomos, mediante los cuales el Presidente desarrollaba de manera directa aspectos de la Constitución sin la intervención del Congreso. En virtud de dichas atribuciones, el

subdesarrollo, mientras los segundos –de la mano del Fondo Monetario Internacional- sostenían que la inflación detenía el crecimiento de las economías (Avella Gómez, 2000, p. 126).

³³ “Artículo 36. El Banco de la República podrá vender divisas para constituir los depósitos o fondos previstos en el artículo 32 y para compensar el saldo negativo entre activos y pasivos en moneda extranjera que registraron algunos establecimientos de crédito al entrar en vigencia el Decreto 2867 de 1966.

Estas ventas se harán a la tasa del mercado de capitales.

Además, en el caso de venta de divisas para compensar la posición negativa en moneda extranjera de los establecimientos de crédito, se pagará un recargo a favor del Tesoro Nacional del 15 por ciento cuyo monto se llevará a la cuenta especial de cambios.”

³⁴ “Artículo 44. Las reservas internacionales se contabilizarán a la tasa de cambio que señale periódicamente la Junta Monetaria.

Cuando del reavalúo de las reservas resulte un saldo a cargo del Gobierno Nacional, este acordará con el Banco de la República la forma de cancelarlo. Es entendido que los saldos así liquidados no darán lugar al pago de intereses.

Si del reavalúo surgiere utilidad a favor del Gobierno, ella se dedicará exclusivamente a la cancelación de las deudas de éste para con el Banco de la República.

Para los efectos del presente artículo, el saldo que resulte del reavalúo de las reservas internacionales en 1967, se adicionará la pérdida acumulada que registre la cuenta especial de cambios en 31 de marzo de dicho año.”

³⁵ “Artículo 45. La utilidad que resulte a partir de la vigencia de este decreto en la cuenta especial de cambios, constituirá un ingreso corriente a favor del Gobierno, y su estimativo deberá incorporarse al Presupuesto Nacional.

Para determinar la utilidad se tomarán los siguientes renglones:

- a) Producto en moneda legal del impuesto establecido en el artículo 226;
- b) Resultado neto en moneda legal de las operaciones de compra y venta de divisas del Banco de la República;
- c) Gastos de financiación de las reservas internacionales, y
- d) Ingresos resultantes de la inversión de reservas.”

Presidente estaba habilitado para modificar la estructura y funcionamiento del emisor, lo que incluía su Junta Directiva. Esto significó un cambio sustancial en la distribución de competencias entre el Ejecutivo y el legislativo, pues se eliminó en la práctica la posibilidad de intervención del Congreso en la regulación de estas materias y se concentró dicha facultad en el Presidente.³⁶

Con la expedición de la Ley 7 de 1973, el capital del Banco de la República fue nacionalizado y éste se erigió como una entidad con autonomía administrativa, patrimonial y técnica. En efecto, a partir del Decreto 2619 de 1973 –reglamentario de dicha ley- el 99.98% de las acciones del Banco pasaron a ser de propiedad pública. En este nuevo contexto, comenzó a cuestionarse la necesidad de mantener la división entre el Banco y la Junta Monetaria (Ortega, p. 266), discusión que se mantuvo hasta la expedición de la Constitución de 1991.

De 1974 en adelante fue común que el Gobierno acudiera a créditos del Banco para financiar el déficit fiscal. Así, por ejemplo, en 1976, acudió en dos oportunidades a esta fuente de financiación (López Garavito, p. 399). Luego, en 1982, el banco otorgó créditos al Gobierno para nacionalizar varias instituciones financieras que se encontraban en crisis. Dos años más tarde, mediante la Ley 34, el Congreso autorizó un cupo adicional de crédito del Gobierno en el Banco (p. 427).³⁷ En 1985 se autorizó, de nuevo, un crédito con recursos de emisión para cubrir el déficit presupuestal y se dispuso la refinanciación de la deuda que el Gobierno tenía con el Banco a una tasa de interés más favorable –Ley 55 de 1985-.³⁸

³⁶ Con la reforma constitucional de 1979 se pretendió regresar al Congreso funciones de intervención en el banco, para lo cual se estableció que éste por medio de una ley marco fijaría los parámetros a los que debería ceñirse el Ejecutivo para regular la materia. Este acto legislativo fue declarado inexecutable dos años después por la Corte Suprema de Justicia.

³⁷ “Artículo 1°. Con el fin de compensar la disminución de recursos del Fondo de Inversiones Públicas y atender otras necesidades presupuestales, autorizase al Banco de la República para conceder al Gobierno Nacional un ‘cupos de crédito de sustitución de recursos externos’ hasta por cuantía de \$35.000 millones, destinados a financiar apropiaciones del Presupuesto Nacional para la vigencia fiscal de 1984.”

³⁸ “ARTICULO 20. Autorízase al Gobierno Nacional y al Banco de la República para celebrar operaciones de crédito público interno hasta por \$ 45.000 millones, los cuales se destinarán a la apertura de créditos suplementales y extraordinarios en el presupuesto de la vigencia fiscal de 1985.

El plazo, los intereses y demás condiciones de pago de la operación de que trata este artículo, será el mismo de la consolidación y refinanciación prevista en el artículo 58 de esta Ley para la deuda con el Banco de la República.

ARTICULO 21. La autorización concedida en el artículo anterior se incrementará hasta en \$ 15.000 millones, previo concepto de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público y de la Junta Monetaria.

Los conceptos anteriores se emitirán teniendo en cuenta la evolución de las operaciones efectivas de crédito externo y su relación con las necesidades de financiamiento presupuestal.

(...)

ARTICULO 58. Facúltase al Gobierno Nacional y al Banco de la República para consolidar y refinanciar la totalidad de la deuda interna de la Nación existente con esa entidad bancaria en la

El aumento del costo del crédito externo producto de la crisis de la deuda de principios de los ochenta estimuló el uso frecuente del crédito de emisión. Es así como este rubro pasó del 5.2% al 12% del PIB entre 1981 y 1984. A la par, el Gobierno acudió en varias ocasiones a los recursos que por valorización de las reservas internacionales se trasladaban a la Cuenta Especial de Cambios (Armenta, Fernández y Sánchez, p. 96).³⁹

Este crecimiento de los créditos del Banco al Gobierno y sus efectos sobre los precios se convirtieron en causa de preocupación. Por ello, en 1983, cuando el presidente Betancurt declaró la emergencia económica –cuya causa se atribuía entre otras razones a la dependencia del Gobierno de los recursos de emisión (p. 423)- se optó por acudir a la emisión de títulos de deuda pública, los cuales terminaron siendo adquiridos por entidades públicas debido al mecanismo de colocación forzosa que se empleó.

Con la emisión de estos títulos se perseguía además reemplazar los recursos de la Cuenta Especial de Cambios. En esta misma dirección, con la reforma tributaria adoptada por el Congreso mediante las leyes 9° y 14 de 1983 se pretendió contribuir al reemplazo de los recursos de la cuenta por recursos de origen tributario. Para ello, se dispuso un aumento en la tarifa del impuesto sobre las ventas y se adoptaron medidas para hacer más eficiente el recaudo (Alonso, Fainboim y Olivera, p. 12). Asimismo, el Decreto 73 del mismo año eliminó el esquema de apropiación automática de las utilidades de la compra y venta de divisas de la Cuenta Especial de Cambios (Armenta, Fernández y Sánchez, p. 98), lo que suponía la suspensión de este mecanismo de financiación. No obstante, el mismo decreto dejó abierta la posibilidad de que hasta tres cuartas partes de estas utilidades fueran empleadas por el Gobierno para financiar sus gastos.

Posteriormente, en 1986, el Gobierno resolvió no acudir a los créditos del Banco. En su lugar, mediante la Ley 7° de 1986, colocó, por primera vez, títulos de deuda en el mercado norteamericano⁴⁰, práctica que se volvió común en los años siguientes (p. 439).

fecha de sanción de la presente Ley, con excepción del cupo especial de tesorería de la Ley 33 de 1962.

El contrato correspondiente deberá celebrarse entre el Gobierno Nacional y el Banco de la República dentro de los dos (2) meses siguientes a la sanción de esta Ley, y en él se estipularán una tasa de interés del medio por ciento (1/2%) anual y las demás condiciones de pago, sin que éstas puedan ser más gravosas que las contenidas en el contrato suscrito en desarrollo del artículo 1o de la Ley 34 de 1984. “

³⁹ Una descripción detallada del funcionamiento de la Cuenta Especial de Cambios se encuentra en: Jaramillo y Montenegro (1982), y Montenegro (1983).

⁴⁰ “Artículo 6° El Gobierno Nacional, con cargo a la autorización del artículo anterior, podrá emitir títulos de deuda pública externa hasta por 250 millones de dólares de los Estados Unidos de América, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social.
2. Concepto de la Junta Monetaria.

Por último, en 1990, con la Ley 51, se suspendieron los cupos de crédito del Gobierno con el Banco (p. 451).⁴¹ En esa dirección, el artículo 5° de la misma ley autorizó la reestructuración de la deuda del Gobierno con el Banco y permitió que fuera reemplazada con títulos de tesorería.⁴²

1.2 Las reformas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991: Autonomía del Banco de la República y Restricciones al Financiamiento con Emisión

Las reformas introducidas en la Constitución de 1991, dirigidas a dotar de autonomía al Banco de la República frente al Gobierno y a poner fin a la emisión como fuente de financiación del gasto público se justificaron en los efectos que la misma había tenido en términos del aumento en los niveles de precios desde mediados de la década anterior.

Se había alcanzado relativo acuerdo sobre las limitaciones que la subordinación de la Junta Monetaria representaba para la credibilidad de una política monetaria más ortodoxa. Ese esquema institucional había propiciado que la deuda del Gobierno con el Banco, que en 1985 representaba 5.8% del PIB, se multiplicara 1.7 veces hacia finales de la misma década (Avella Gómez, 2000, p.p. 135 a 141). La deuda del Gobierno con el Banco pasó de 33.9% de la deuda interna en 1980 a 62.2% en 1991 (Avella, Mauricio. "La deuda interna del Gobierno Nacional". Documentos de la Fundación Empresaria No. 2, julio de 1996. Citado por Alonso, Olivera y Yaker, 1998, p. 13).

Estos hechos llevaron a que se debatiera la necesidad de desligar el crédito primario de la financiación del déficit fiscal. Como resultado de esas discusiones,

3. Concepto de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público, la cual deberá rendirlo dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha, para la cual haya sido citada por escrito para tal efecto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

4. Decreto por el cual se ordena y se fijan las características de la emisión y las condiciones financieras y de colocación de los Títulos."

⁴¹ "Artículo 4o. Autorízase al Gobierno Nacional para emitir, colocar y mantener en circulación "Títulos de Tesorería" que serán utilizados por el Gobierno para financiar apropiaciones presupuestales, reemplazar a su vencimiento los Títulos de Ahorro Nacional y los Títulos de Participación, creados con base en las Resoluciones 28 de 1986 y 50 de 1990 de la Junta Monetaria. Así mismo, utilizará estos títulos para operaciones temporales de Tesorería, en sustitución de los cupos de crédito de la Nación en el Banco de la República, que quedan suspendidos." (subraya fuera del texto).

Adicionalmente, el inciso segundo del artículo primero de la misma ley dispuso que los títulos de deuda pública cuya emisión autorizaba, no podían ser colocados en el Banco de la República.

⁴² "Artículo 5o. Autorízase al Gobierno Nacional para reestructurar, consolidar y sustituir la totalidad de la deuda pública interna de la Nación con el Banco de la República, en los términos y oportunidad que convengan las partes. En este caso se sustituirá la totalidad o parte de la deuda por Títulos de Tesorería, que podrán ser utilizados para operaciones de mercado abierto."

en 1989 se presentó un proyecto de reforma constitucional dirigido a imponer límites al mecanismo de la emisión.

Con la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, surgió un proyecto más ambicioso que perseguía acabar de manera definitiva con esa fuente de financiación, salvo en casos de emergencia económica. Además, se buscó convertir el Banco en una entidad con autonomía administrativa y técnica⁴³ que reuniera las funciones que hasta ese momento tenía asignadas junto con las de la Junta Monetaria, que se rigiera por una ley marco que dictara el Congreso para el efecto, y que no estuviera sujeta al control de la Contraloría General de la República ni de la Procuraduría General de la Nación. Este proyecto fue elaborado por el propio Banco de la República y presentado por su Gerente al Presidente de la República de aquel entonces (Hommes, 1995).⁴⁴

Si bien en un primer momento esta iniciativa no fue bien recibida por el Ministerio de Hacienda, por cuanto implicaba, a su juicio, una pérdida en términos de su preeminencia en las decisiones en materia monetaria, cambiaria y crediticia, finalmente fue, con algunos ajustes, la que se llevó ante la Asamblea. Estos

⁴³ Meisel Roca explica que la autonomía e independencia de los bancos centrales fue una de las respuestas que surgieron a la pregunta de cómo controlar los altos niveles de inflación que se generaron desde la finalización del acuerdo Betton Woods, respuesta que comenzó a ganar adeptos principalmente desde los años 80 debido al éxito demostrado por el banco central de Alemania en lograr estabilidad de precios. Los exponentes de esta corriente aducen tres argumentos principales: En primer lugar, sostienen que en los países que no cuentan con tal autonomía existe una fuerte presión política del Gobierno sobre las autoridades monetarias para que éstas se comporten según sus preferencias; en segundo lugar, señalan que los gobiernos que tienen poder discrecional sobre la política monetaria están expuestos a grandes incentivos para seguir la senda expansionista con el fin de lograr reducciones en el desempleo en el corto plazo; en tercer lugar, afirman que en los estados sin autonomía de la banca central tiende a dominar la política fiscal sobre la monetaria, lo que conduce a que las autoridades monetarias no puedan afectar el tamaño del déficit fiscal –indican que cuando la política monetaria domina la fiscal el Gobierno se ve forzado a reducir el déficit-, y por último, aseveran que existe evidencia empírica de la relación entre autonomía del banco central y la disminución de los niveles de inflación (“Autonomía de la banca central e inflación. La experiencia colombiana, 1923-1995”, 1996, p. 1 a 6).

⁴⁴ Los puntos centrales del proyecto elaborado por el Banco de la República eran los siguientes: i) Afirmaban que la estabilidad de precios es una condición necesaria para el desarrollo económico y social del país, y que ello sólo era posible en un sistema monetario sólido orientado por un organismo técnico de rango constitucional que tuviera autonomía frente al Gobierno; ii) señalaban la necesidad de que se incluyera en la nueva carta un capítulo sobre soberanía monetaria, en el que se previeran con precisión las funciones del banco, el Presidente y el Congreso en la materia; iii) abogaban por que el banco contara con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, y que fuera el Congreso quien fijara los lineamientos para que el banco emitiera las políticas del caso; iv) buscaban que se prohibiera al banco otorgar créditos al Gobierno, con el fin de separar el manejo monetario del fiscal, salvo en los casos de emergencia económica; v) pretendían que se asignara al banco la función de velar por la conservación del poder adquisitivo de la moneda; vi) aducían que la composición de su junta directiva debía ser fijada por ley a iniciativa del Gobierno, y que sus integrantes debían ser de dedicación exclusiva y con periodos fijos, sólo admitían la participación en la junta de un ministro del despacho, y vii) proponían que el banco rindiera informes al Congreso periódicamente (Avella Gómez, 2000, p. P. 144 y 145).

ajustes consistieron, principalmente, en proponer que la junta fuera presidida por el Ministro de Hacienda y que el Banco pudiera otorgar créditos a establecimientos de crédito y al Gobierno, siempre y cuando fueran cancelados dentro de la misma vigencia fiscal (Avella Gómez, 2000, p.p. 143 a 146).

Con respecto a estos puntos, el Ministro de Hacienda y el Director del Departamento Nacional de Planeación argumentaban que era necesario que el Gobierno mantuviera la función de regulación que detentaba la Junta Monetaria, y proponían que se vetaran por completo los créditos primarios (p. 146).

La propuesta fue discutida en la Comisión Quinta de la Asamblea⁴⁵. En ésta se enfrentaron dos posturas, una que propendía por la independencia del banco central, y otra que apoyaba mayor dependencia del mismo con respecto al Gobierno (Hommes, 1995, p. 36). En cuanto al tema de la financiación del déficit con recursos de emisión, también existían posiciones encontradas: de un lado, estaban quienes apoyaban la posibilidad de que el Gobierno pudiera acudir a esta fuente de financiación⁴⁶ y, de otro, quienes consideraban que ésta debía restringirse por sus efectos perversos sobre la economía, particularmente en materia de estabilidad de precios. Esta última tesis fue la que prevaleció.

El proyecto del Gobierno fue aprobado en primer debate en los siguientes términos: i) la determinación de la conformación de la Junta Directiva del Banco no se delegó a la ley sino que definió en el mismo texto constitucional; ii) si bien se asignó al Banco el rol de autoridad monetaria, se hizo énfasis en que la política monetaria que señalara debía estar en concordancia con la política económica general que diseñara el Gobierno, para lo cual su Junta Directiva debería ser presidida por el Ministro de Hacienda y el Presidente tendría la facultad de nombrar algunos de sus miembros; iii) se prohibía al Banco otorgar préstamos al sector privado, con excepción de los créditos de liquidez para la banca y la intermediación de créditos externos para su colocación a través de la misma, con lo que se le despojaba de su función de banco de fomento; iv) se vedaba el otorgamiento de créditos al Gobierno por parte del Banco, salvo cuando se declararan estados de emergencia económica⁴⁷, y v) se permitía al Banco adquirir

⁴⁵ La Asamblea Nacional Constituyente se organizó en cinco comisiones y la quinta fue la que se dedicó al estudio de los asuntos económicos. Ésta estaba conformada por los siguientes constituyentes: Jaime Benítez, Álvaro Cala, Tulio Cuevas, Angelino Garzón, Guillermo Guerrero, Helena Herrán de Montoya, Oscar Hoyos, Carlos Lemos, Rodrigo Lloreda, Iván Marulanda, Rafael Ignacio Molina, Mariano Ospina, Carlos Ossa, Jesús Pérez, Guillermo Perry, Carlos Rodado, Germán Rojas y Antonio Yépes.

⁴⁶ Por ejemplo, el constituyente Carlos Lleras de la Fuente apoyaba esta posibilidad, siempre y cuando los créditos debieran cancelarse dentro de la misma vigencia fiscal (Avella Gómez, 2000, p. 202).

⁴⁷ Sobre la postura de la Comisión Quinta en este respecto, es especialmente ilustrativa la intervención del constituyente Carlos Ossa ante la plenaria de la Asamblea, en la sesión del 17 de mayo de 1991. A grandes rasgos, en ésta manifestó lo siguiente: i) es necesario garantizar un manejo sano de la moneda, mediante el establecimiento de limitaciones drásticas que contribuyan a la estabilidad de precios; ii) el Banco de la República debe ser banco de bancos y no banco del

títulos de deuda emitidos por el Gobierno solamente en operaciones de mercado abierto (Avella Gómez, 2000, p. 190).

En oposición a esta propuesta, varios constituyentes afirmaron que el permitir que el Banco adquiriera títulos de deuda del Gobierno en operaciones de mercado abierto en últimas significaba autorizarle a acudir a la emisión por una vía indirecta. En respuesta, miembros de la Comisión Quinta como Guillermo Perry aseguraron que aunque existía este riesgo, la disposición le daba transparencia al procedimiento y le imponía obstáculos en la medida en que el Gobierno tenía que acudir al mercado (Avella Gómez, 2000, p. 202).

En la plenaria de la Asamblea y luego de que se nombrara una comisión para que elaborara un proyecto de articulado⁴⁸, se aprobó (artículos 371, 372 y 373 superiores) que, i) el Banco de la República sería un órgano de origen constitucional con autonomía administrativa, patrimonial y técnica –independiente del Gobierno y del sector privado–; ii) a su cargo estaría el diseño de las políticas cambiaria, monetaria y crediticia, las cuales deberían implementarse de manera coordinada con las políticas económicas del Gobierno⁴⁹, y su función principal sería velar por la conservación del poder adquisitivo de la moneda; iii) su Junta Directiva estaría integrada por 7 miembros, 5 de los cuales serían designados por el Presidente de la República por un periodo fijo de 4 años –en adelante cada presidente sólo podría nombrar 2 de los directores y el resto serían reelegidos automáticamente–, los 2 restantes serían el Ministro de Hacienda y el Gerente elegido por los primeros 5 miembros; iv) su régimen legal, así como las funciones de su Junta Directiva, debían ser fijados por el Congreso mediante una ley marco;⁵⁰ v) dicha junta debe rendir informes periódicos al Congreso; vi) el Banco no puede otorgar créditos a particulares, sólo puede operar como prestamista de última instancia de los establecimientos de crédito; vii) se le prohíbe al Banco otorgar créditos al Gobierno, salvo por decisión unánime de los miembros de su

Gobierno o de los particulares; iii) no basta con aducir que Colombia ha sido un ejemplo para América Latina del manejo ortodoxo de la moneda, es necesario analizar hechos concretos del manejo de nuestra economía; iv) no puede seguir empleándose la emisión para financiar a los particulares, sectores en crisis y entidades del sector financiero que irresponsablemente han manejado el ahorro privado, en otras palabras, a los sectores más privilegiados en detrimento de los más necesitados, y v) la financiación del déficit con emisión ha contribuido a esconder sus verdaderos alcances, es necesario que exista transparencia en la identificación de los gastos del Gobierno. Para evitar estas perversiones, la Comisión proponía que la única forma por medio de la cual el banco financiara al Gobierno fuera por la adquisición de títulos de deuda que éste emitiera, en el mercado (citado por Avella Gómez, 2000, p. p. 190 y 191).

⁴⁸ Esta comisión fue conformada por Carlos Lleras de la Fuente, Ignacio Molina, Rodrigo Lloreda, Augusto Ramírez e Iván Marulanda.

⁴⁹ Ello buscó, por ejemplo, permitiendo la participación del Ministro de Hacienda en la Junta Directiva del banco y haciendo su Gerente perteneciera al Conpes (Ortega, p. 271).

⁵⁰ De esta manera se eliminaron los decretos autónomos que el Presidente podía dictar para regular esta materia.

Junta Directiva⁵¹, y viii) su inspección y vigilancia se encuentra a cargo del Presidente de la República en los términos fijados por la ley.

No se aprobó la posibilidad de otorgar créditos primarios en los estados de excepción, entre otras razones, por el temor que existía entre varios constituyentes de que se acudiera de manera generalizada a éstos con el fin de prolongar el uso de la emisión como mecanismo de financiación del déficit fiscal.⁵²

A la fecha, la Junta Directiva del Banco nunca ha dado su aprobación unánime para otorgar créditos al Gobierno, y tampoco ha sido común que adquiera títulos de deuda pública en operaciones de mercado abierto.

Por último, en lo que respecta a la cuenta especial de cambios, la Constitución no introdujo ninguna reforma. Sin embargo, el nuevo modelo de banca central adoptado obligó su liquidación, lo cual se dispuso en la Ley 31 de 1992 –Ley marco del Banco de la República-.⁵³

Como consecuencia de estas reformas, la deuda del Gobierno con el Banco pasó de representar el 62.2% de la deuda interna en 1991, a representar el 26.2% en 1992 y el 9.6% en 1995 (Avella, Mauricio. “La deuda interna del Gobierno Nacional”. Documentos de la Fundación Empresaria No. 2, julio de 1996. Citado por Alonso, Olivera y Yaker, 1998, p. 13).

De otro lado, los niveles de inflación pasaron del rango de 16 al 30% entre 1980 y 1990, al 5% en 2004. Como consecuencia, los recursos que por concepto de señoreaje⁵⁴ el Gobierno obtenía se redujeron en cerca del 0.5% del PIB desde la década de 1980 (Villareal, 2005)⁵⁵.

⁵¹ Esta disposición surgió por iniciativa de la comisión accidental referida, con el propósito de zanjar las diferencias entre quienes abogaban por un veto rotundo de estos créditos y quienes argumentaban que debía dejarse abierta la posibilidad de acudir a ellos en los estados de emergencia económica.

⁵² En este sentido, Alfonso Palacio Rudas, por ejemplo, afirmaba que el mecanismo de la emergencia económica no dejaba de ser un escape al que se acudiría reiterativamente si se aprobaba, cada vez que “la penuria fiscal así lo requiriera (Avella Gómez, 2000, p. 203).

⁵³ “ARTÍCULO 60. DESTINACIÓN DE RECURSOS. Dentro de los (30) días siguientes a la vigencia de la presente Ley, se liquidará la Cuenta Especial de Cambios y el contrato de administración de ésta, celebrado entre el Gobierno y el Banco de la República. Si el saldo de la Cuenta fuere negativo una vez causados todos los ingresos y egresos a su cargo, la diferencia será cubierta con los recursos del Fondo de Estabilización Cambiaria y del Fondo de Inversiones Públicas y, en caso de que éstos sean insuficientes, con recursos del Presupuesto General de la Nación; para estos efectos se aplicará lo dispuesto en el inciso final del literal e) del Artículo 27 de la presente Ley. Si la diferencia entre ingresos y egresos de la Cuenta fuere positiva, ésta, junto con los recursos del Fondo de Estabilización Cambiaria, del Fondo de Inversiones Públicas y del Fondo de Estabilización para Operaciones de Mercado Abierto, se destinarán a formar la reserva de estabilización monetaria y cambiaria.”

⁵⁴ La expansión monetaria, producto de la emisión, tiene como efecto una reducción en el valor real de la moneda. Al haber mayor dinero en circulación y la misma cantidad de bienes y servicios dentro de una economía cada billete tendrá menor poder adquisitivo. Esta disminución en el poder

2. CAMBIOS EN LAS REGLAS RELATIVAS A LA CREACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS TRIBUTOS

El nuevo ordenamiento constitucional le redujo al Gobierno, de manera sustancial, las facultades para crear y modificar los tributos mediante decreto.

En primer lugar, la Administración perdió la capacidad para introducir cambios permanentes en la legislación tributaria mediante decretos-ley. El Gobierno gozaba de esa potestad tanto bajo la vigencia de los estados de emergencia económica, como en uso de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso. La capacidad formal que estos mecanismos le conferían al Ejecutivo en materia tributaria se volvía bastante amplia en la práctica en la medida en que tanto el Consejo de Estado, a quien correspondía emitir concepto previo para la declaratoria de los estados de emergencia, como la Corte Suprema de Justicia, que debía hacer el control automático de constitucionalidad de los decretos legislativos, consideraban conveniente que el Gobierno gozara de amplia discrecionalidad en las decisiones de carácter económico. Con base en esa visión el Consejo le otorgaba al Ejecutivo discrecionalidad para elegir a su conveniencia entre las distintas alternativas constitucionales y la Corte se limitaba a hacer un control de forma de los decretos-ley. Soportado en esta institucionalidad el Ejecutivo llevó a cabo cambios sustanciales en la legislación tributaria con un efecto amplio sobre el recaudo. La Constitución de 1991 limita introduce cambios con respecto a esas dos figuras. De un lado, la Carta estableció que las medidas que el Gobierno tome en materia tributaria en vigencia de los estados de emergencia económica tienen carácter temporal y el control de constitucionalidad de los decretos-ley expedidos bajo esa figura, que ahora ejerce la Corte Constitucional, es tanto de forma como de fondo. De otro lado, la Constitución de 1991 prohibió, de manera expresa, que se le concedieran facultades extraordinarias al Presidente para decretar o modificar los tributos.

adquisitivo del dinero implica una disminución del bienestar de los poseedores de billetes anteriores a la emisión, su dinero podrá comprar menos bienes y servicios que antes. Este fenómeno es conocido como impuesto inflacionario, porque los portadores de billetes transfieren esa parte de su bienestar al emisor. El emisor en cambio, al realizar sus pagos con el dinero producto de la emisión, un dinero con menor valor real, obtiene una ganancia producto de la diferencia entre el valor nominal de la moneda en que está pagando los bienes y servicios recibidos y el valor real de estos. Esta ganancia es conocida como señoreaje.

La teoría económica reconoce que el señoreaje puede ser usado como fuente de financiamiento de los Estados. Esta obtención de ganancias debida a la emisión es especialmente atractiva en casos en que el Estado no cuente con fácil acceso a los mercados de capital, la ausencia de capacidad para financiarse con deuda genera un sesgo hacia la emisión como mecanismo de financiación. Este sesgo aumenta considerablemente en circunstancias en que el Banco Central no es independiente. (Cukierman, 2006).

⁵⁵ “En 1981, el señoreaje era equivalente a cerca del 1.5% del PIB y en los últimos 3 años éste ha sido alrededor del 0.8% del PIB” (Villareal, 2005, p. 1).

En segundo lugar, la facultad de variar la tarifa y otros elementos sustanciales del impuesto de aduanas sin límite temporal o porcentual que la reforma constitucional de 1968 le había entregado al Gobierno, y a la que éste había recurrido en el pasado para aumentar el recaudo en situaciones de estrés fiscal, en particular en los años ochenta, fue limitada por la nueva Constitución, en concordancia con el giro hacia la apertura que inició el país a finales de esa misma década. La Constitución de 1991 estableció que las modificaciones a las tarifas de los aranceles sólo podrían, en adelante, llevarse a cabo por razones de política comercial.

2.1 Cambios en la Capacidad del Gobierno para Crear Tributos Mediante Decretos Legislativos Durante los Estados de Excepción

La declaración de los estados de excepción abre la posibilidad de que el Presidente expida normas con fuerza de ley –decretos legislativos. En uso de estas facultades, éste puede, con algunas limitaciones, crear y modificar tributos.

Las causas que, en un principio, habilitaban al Presidente para recurrir a los estados de excepción⁵⁶ en la Constitución Nacional de 1886 eran, de un lado, la existencia de una guerra exterior, y de otro, la presencia de un conflicto interno o conmoción interior. En ambos casos, el artículo 121 habilitaba al Ejecutivo, previa audiencia del Consejo de Estado, para declarar la existencia de un estado de sitio. Con el Acto Legislativo 01 de 1968, se creó un nuevo estado de excepción -el estado de emergencia económica y social- que dotaba al Ejecutivo de nuevas herramientas para hacer frente a las perturbaciones del orden económico.

En la Constitución de 1991 se mantuvo la figura de la emergencia económica y social, pero se implementó una nueva causa que puede dar lugar a su declaración: la emergencia ecológica (artículo 215). La figura del estado de sitio, por su parte se dividió en los estados de guerra exterior (artículo 212) y de conmoción interior (artículo 213).

2.1.1 Eliminación de la Facultad para Crear y Reformar los tributos de Manera Permanente Durante el Estado de Emergencia Económica

A partir de 1944 fue común que el Presidente acudiera, en vigencia del estado de sitio, a la expedición de decretos legislativos para la adopción de medidas

⁵⁶ Los estados de excepción son, en principio, una respuesta a crisis coyunturales que amenazan la continuidad del orden constitucional y que, en esa medida, requieren una adaptación del mismo. Esta adaptación consiste en una concentración temporal de poderes en cabeza del Ejecutivo con el fin de que el mismo pueda adoptar medidas de manera más expedita para restablecer el orden turbado. Los estados de excepción buscan que, a pesar de la perturbación, se mantenga en vigencia el régimen constitucional y el sometimiento de las autoridades al principio de legalidad.

económicas -incluidas las de contenido tributario- bajo el entendido de que el orden económico hacía parte del concepto amplio de orden público.⁵⁷ Estos decretos, según el artículo 121 de la anterior Constitución, sólo regían durante la vigencia del estado de excepción, razón por la cual fue común que el Gobierno acudiera a la prolongación del estado de sitio (Palacios Mejía, Tomo II, 1975, p. 431 y 432).

La reforma constitucional de 1968, mediante el artículo 122, introdujo la figura de la emergencia económica como un nuevo estado de excepción, con el fin de dotar a la Administración de mayores herramientas para afrontar perturbaciones de tipo económico y adoptar medidas permanentes en este sentido. Con respecto a dicha figura se destaca lo siguiente: i) podía ser declarada discrecionalmente por el Presidente de la República -requería concepto previo del Consejo de Estado, pero éste no era vinculante-;⁵⁸ ii) podía utilizarse, incluso, en situaciones de emergencia cuya naturaleza no fuera estrictamente económica; iii) le permitía al Presidente adoptar medidas para conjurar la crisis mediante decretos con fuerza de ley -decretos legislativos-; iv) aunque fuera temporal -no podía superar los 90 días al año- las medidas que el Gobierno adoptara durante su vigencia, que podían incluir reformas al Plan de Desarrollo y la creación de tributos, tenían carácter permanente; v) estaba sujeta al control constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ente que ejercía un control constitucional general y oficioso de los decretos legislativos dictados durante la vigencia de este estado de excepción, incluido el decreto que lo declaraba; viii) durante su vigencia el Congreso suspendía su actividad, pero debía volver a reunirse 10 días después de que cesara el estado de excepción; una vez reunido el Congreso, el Presidente debía presentarle un informe sobre los motivos que habían llevado a la declaración del estado de emergencia y las medidas que se habían adoptado durante la vigencia del mismo (Palacios Mejía, Tomo II, 1975, p. 437 a 440).

En la práctica, la tendencia general fue la de conferir amplias facultades al Presidente, tanto para declarar la emergencia económica como para crear y modificar tributos durante su vigencia. Lo anterior, con la anuencia del Consejo de Estado -que emitía concepto previo para la declaración de la emergencia- y de la Corte Suprema de Justicia -que tenía a su cargo el control de constitucionalidad automático de los decretos legislativos dictados con ocasión del mismo.

Por ejemplo, con respecto a la discusión sobre si el estado de emergencia debía o no declararse en ausencia de otras alternativas constitucionales, es decir, si su

⁵⁷ Existía una amplia discusión sobre si el elemento económico hacía parte del concepto de orden público y si las medidas económicas que se adoptaban guardaban relación con la conmoción interior que debía dar lugar a la declaración de este estado de excepción. Sin embargo, la tesis de que el elemento económico sí hacía parte del concepto de orden público era apoyada por la Corte Suprema de Justicia. Ver al respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de junio de 1956.

⁵⁸ La motivación que, al respecto, el Presidente estaba en obligación de hacer, constituía el marco que limitaba el alcance de las medidas que se podían adoptar.

declaración debía supeditarse a que previamente el Gobierno hubiera agotado los mecanismos ordinarios para conjurar la crisis, el Consejo de Estado era partidario de que se permitiera al Presidente elegir entre las distintas alternativas constitucionales existentes, sin necesidad de agotar previamente las herramientas ordinarias previstas por el ordenamiento (Palacios Mejía, Tomo II, 1975, p. 446).

Una discusión similar existía en torno a si, una vez declarado el estado de emergencia, primero debía acudir a las herramientas normativas ordinarias, o si el Presidente podía optar directamente por los decretos legislativos para solucionar las crisis. En este punto, la tesis que imperó fue la de que el Presidente también podía decidir a su arbitrio entre los medios ordinarios o los decretos legislativos (Palacios Mejía, Tomo II, 1975, p. 447).

Por su lado, la Corte Suprema de Justicia, al realizar el control de constitucionalidad automático del decreto mediante el cual se declaraba la emergencia económica, se limitaba a verificar que el mismo reuniera los requisitos formales exigidos por la Constitución para su expedición, sin juzgar las motivaciones aducidas por el Gobierno para su declaración. Los magistrados de dicha Corte consideraban que la declaratoria de emergencia era una facultad discrecional del primer mandatario y que, en consecuencia, el decreto que declaraba el estado de excepción constituía un acto político que no podía ser controlado de fondo. A esto agregaban la idea de que, en la medida en que el Presidente era el director general de la economía del país, no debían cuestionarse sus decisiones al respecto, más aun si se tenía en cuenta que la Corte sólo podía adelantar un juicio jurídico y no de conveniencia.⁵⁹

Algo similar ocurría cuando esta misma corporación ejercía el control de constitucionalidad automático de los decretos legislativos por medio de los cuales se adoptaban las medidas necesarias para conjurar la crisis. En esos casos, la Corte se limitaba a examinar que existiera conexidad entre los motivos que el Gobierno había expuesto como fundamento de la declaración de la emergencia y las medidas implementadas.

En lo que respecta, de manera puntual, a la creación y reforma de los tributos, el texto constitucional no establecía ninguna limitación. Incluso el Congreso, al

⁵⁹ Por ejemplo, en sentencia del 6 de marzo de 1986 (M.P. Hernando Gómez Otálora), la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia reiteró la tesis adoptada en la sentencia del 15 de octubre de 1974, según la cual dicho tribunal sólo podía ejercer un control de constitucionalidad formal de los decretos legislativos que declaraban la emergencia económica, por cuanto i) los fundamentos que daban lugar a la declaratoria debían haber sido previamente estudiados por el Consejo de Estado al emitir el concepto de rigor; ii) la expedición de tales decretos sólo comprometía la responsabilidad política del Gobierno, la cual debía ser enjuiciada por el Congreso, y iii) la Corte no podía llevar a cabo valoraciones de tipo económico o social a fin de establecer la pertinencia y magnitud de los hechos invocados por el Presidente como fundamento de la declaración de emergencia.

examinar el proyecto del Acto Legislativo 01 de 1968, rechazó una propuesta que pretendía introducir restricciones en este sentido.

Como resultado de este contexto normativo, fue frecuente la expedición de normas tributarias por medio de decretos legislativos durante los estados de emergencia económica. Esta posibilidad fue aceptada por la Corte Suprema de Justicia (Palacios Mejía, Tomo II, 1975, p. 570), quien avaló que mediante tales decretos el Gobierno i) reorganizara de manera integral el régimen aplicable a un tributo⁶⁰; ii) derogara –tácita o expresamente- las normas que fueran contrarias a la medida adoptada, bajo el argumento de que ello era indispensable para poder aplicar los correctivos requeridos; iii) implementara medidas de carácter permanente⁶¹; iv) introdujera reformas al procedimiento de recaudo tributario⁶², y v) dispusiera la reducción de las tarifas de los tributos⁶³ (Palacios Mejía, Tomo II, 1975, p. 573 a 577).

El único condicionamiento que estableció la Corte en estas materias fue la cláusula de no desmejoramiento de los derechos sociales de los trabajadores consagrados en leyes anteriores. Así, por violación de este mandato, en sentencia del 31 de octubre de 1974⁶⁴, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de varias disposiciones adoptadas durante la vigencia del estado de emergencia económica declarado en 1974 que modificaban el tratamiento tributario de ciertos hechos y contratos derivados de las relaciones laborales (Palacios Mejía, Tomo II, 1975, p. 578).

⁶⁰ Con ocasión de la primera declaratoria de emergencia económica en 1974 se introdujo una reforma integral a los impuestos de renta, ventas y sucesiones. Las sentencias de la Sala Plena de la Corte Suprema que avalaron estas reformas son las siguientes: del 15 de octubre (M.P. José Gabriel de Vega y Guillermo González Charry), 23 de octubre (M.P. Eustorgio Sarria) y 31 de octubre (M.P. Guillermo González Charry) de 1974. Sin embargo, en 1983 la Corte adoptó una postura más restrictiva en este respecto y sostuvo que durante los estados de emergencia económica era posible decretar impuestos de carácter extraordinario y excepcional, siempre y cuando no comprometieran de manera general y permanente el régimen impositivo ordinario vigente. Sentencia del 13 de abril de 1983, exp. 1046, citada por Alzate, p. 112.

⁶¹ Al respecto, Palacios Mejía explica que las razones que se aducían en apoyo de esta tesis eran las siguientes: i) algunas crisis económicas, aunque sean sorpresivas, requieren la adopción de medidas permanentes; y ii) la Constitución no establecía ninguna limitación en este respecto, a diferencia de lo que ocurría con medidas adoptadas durante los estados de sitio (Tomo II, 1975, p. 575 y 576).

⁶² Si bien la Corte no apoyó expresamente esta afirmación, tampoco se opuso cuando se tomaron decisiones de este tipo. Así, por ejemplo, en la sentencia del 19 de noviembre de 1974 (M.P. Guillermo González Charry y Aurelio Camacho), la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de apartes del Decreto 2247 de 1974 que reformaba varios procedimientos tributarios, no porque no se pudieran adoptar este tipo de medidas durante los estados de emergencia económica, sino porque esas medidas en particular no guardaban relación directa con las causas que habían llevado al Gobierno a declarar el estado de emergencia (citada por Palacios Mejía, Tomo II, 1975, p. 576).

⁶³ La Corte también resolvió afirmativamente este dilema en sentencia del 26 de noviembre de 1974, en la que analizó la constitucionalidad del aparte del Decreto 2368 de 1974 que ordenaba la reducción de la tasa de un impuesto.

⁶⁴ M.P. Eustorgio Sarria.

Entre 1970 y 1990 se adoptaron tres medidas de contenido tributario por medio de decretos legislativos de estado de emergencia económica –decretos legislativos 2053 y 2247 de 1974 y 3803 de 1982-, de un total de 28 decretos expedidos durante el mismo periodo.⁶⁵ Estas reformas fueron de las más significativas de esos años en términos de impacto en el recaudo, en particular las expedidas en 1974⁶⁶ (García y Gómez, p. 59 y ss.).

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 tuvo, desde el comienzo, la intención de limitar estas facultades del Ejecutivo. Muestra de ello es que en la ponencia presentada por la Comisión Tercera de la Asamblea se propuso eliminar definitivamente la capacidad del Presidente de modificar el régimen tributario vigente durante el estado de emergencia (Lleras y Tangarife, Tomo II, 1996, p. 843). A su vez, la ponencia presentada por la Comisión Quinta propuso permitirle crear tributos en estas circunstancias, siempre que tal decisión guardara relación directa y específica con la solución de la crisis, y los tributos creados dejaran de regir al finalizar el estado de emergencia si no eran ratificados por el Congreso dentro del año siguiente (p. 844). Esta última opción fue la aprobada por la plenaria⁶⁷ (p. 836 a 839).⁶⁸

En la exposición de motivos de la ponencia para primer debate también se resaltó la necesidad de separar el concepto de orden público del de orden económico, con la consecuente limitación temática al contenido de las normas que se pudieran expedir en uno u otro caso.

Por último, la Constitución de 1991 previó, de un lado, que los decretos en mención serían objeto de control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional⁶⁹; y, de otro lado, que los mismos no podrían desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

La facultad del Ejecutivo bajo estudio fue desarrollada por el artículo 47 de la Ley 137 de 1994 –Ley estatutaria de los estados de excepción- sin adicionar ninguna novedad. Posteriormente, esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 1994.⁷⁰ En ella la Corte se limitó a

⁶⁵ Los datos de las reformas tributarias fueron tomados de García y Gómez, López Garavito, y Junguito y Rincón.

⁶⁶ Mediante los decretos legislativos 2053 y 3803 de 1974 se reorganizaron casi integralmente los impuestos nacionales y se trató de frenar el fenómeno inflacionario que había comenzado en 1970. Según García y Gómez, estas reformas lograron un aumento del 14% en el recaudo (p. 50 a 52).

⁶⁷ Artículo 215 de la Constitución.

⁶⁸ En la exposición de motivos del proyecto se dejó constancia de que los proyectos presentados por los constituyentes Pérez Rubio y Navarro Wolf, así como el del propio Gobierno Nacional coincidían en la necesidad de darle carácter permanente a las medidas tributarias (Lleras y Tangarife, Tomo II, p. 841).

⁶⁹ Como se señaló previamente, dicho control correspondía antes a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

⁷⁰ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

recordar que i) las medidas tributarias que se adopten deben guardar relación de conexidad directa y específica con las causas invocadas para declarar la emergencia; ii) la finalidad de las medidas debe ser conjurar la crisis o evitar la expansión de sus efectos; iii) ellas deben ser proporcionadas a dicha finalidad; y iv) no pueden desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

Sin embargo, según la nueva posición de este tribunal, éste puede ocuparse del control de constitucionalidad de los decretos que declaran la emergencia económica y que se dictan con ocasión de la misma, tanto de forma como de fondo, a diferencia de lo que afirmaba la Corte Suprema con respecto a los límites que ella misma tenía – v. gr. que sólo podía realizar un control de forma por tratarse de una decisión de tipo político del Ejecutivo.⁷¹

Tal postura le ha permitido a la Corte Constitucional, al efectuar el control de constitucionalidad automático de los decretos que hasta la fecha se han expedido con ocasión de la declaración de emergencia económica y que involucran la creación de tributos⁷², imponer una interpretación restrictiva de las facultades enunciadas. Así, en la sentencia C-136 de 1999⁷³, este tribunal fue enfático en

⁷¹ Ver al respecto la sentencia C-004 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en el que la Corte, al ocuparse del control de constitucionalidad automático del Decreto Legislativo 333 de 1992, mediante el cual se declaró la emergencia económica con el ánimo de adoptar medidas para incrementar el salario de los funcionarios públicos –puesto que desde hacía varios años no se realizaba un alza en los mismos-, indicó lo siguiente: “En sentir de la Corte, es claro e indudable que por virtud de lo dispuesto en los artículos 4o., 214, 215, 228 y 241-7, de la nueva Carta Política, el control del decreto que declara el estado de emergencia es integral lo cual supone que sea imperativamente de mérito y no simplemente de forma.”

⁷² A la fecha sólo se ha dictado el Decreto Legislativo 2331 de 1998 “Por el cual se dictan medidas tendientes a resolver la situación de los sectores financiero y cooperativo, aliviar la situación de los deudores por créditos de vivienda y de los ahorradores de las entidades cooperativas en liquidación, mediante la creación de mecanismos institucionales y de financiación y la adopción de disposiciones complementarias” -expedido en vigencia de la emergencia económica declarada mediante el Decreto Legislativo 2330 del mismo año. Por medio del Decreto Legislativo 2331 se creó una contribución temporal –hasta el 31 de diciembre de 1999- sobre algunas transacciones financieras, a cargo de los usuarios del sistema financiero, cuyo recaudo sería destinado de manera exclusiva a preservar la estabilidad y solvencia del sistema financiero. La tarifa de esta contribución era del dos por mil o del uno por diez mil –dependiendo el caso- sobre cada una de las transacciones que, de conformidad con el decreto, efectuaran los usuarios del sistema financiero.

⁷³ M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En esta sentencia la Corte examinó la constitucionalidad del Decreto Legislativo 2331 de 1998. En relación con el artículo 29 del mismo, que era el que creaba el tributo antes mencionado, declaró la exequibilidad condicionada -salvo de la frase “destinado exclusivamente a preservar la estabilidad y la solvencia del sistema y, de esta manera, proteger a los usuarios del mismo en los términos del Decreto 663 de 1993 y de este Decreto”-, bajo el entendido de que el destino de los recursos que se recaudaran con el impuesto no podía entenderse en sentido amplio al punto que le permitiera al Gobierno abarcar la totalidad del sector financiero. En este respecto, indicó que, en virtud de la sentencia C-122 de 1999 –que examinó la constitucionalidad del Decreto 2330 de 1999-, los recursos debían destinarse a las personas y sectores materialmente afectados por las circunstancias críticas que dieron lugar a la emergencia y que son exclusivamente los siguientes: los deudores individuales del sistema de financiación de vivienda UPAC, el sector de las organizaciones solidarias que desarrollan actividades financieras y

señalar i) que los recursos que se recaudan por concepto de los tributos creados durante un estado de emergencia económica deben ser destinados, única y exclusivamente, a los propósitos que el Ejecutivo indicó cuando la declaró; ii) que tal destino no puede interpretarse en sentido amplio; iii) que es natural que en un estado de emergencia el recaudo tenga una destinación específica, pues las medidas deben adoptarse con el único fin de conjurar la crisis⁷⁴; iv) que esa destinación específica significa que lo recaudado no puede incluirse en la base para la liquidación de las transferencias destinadas a las entidades territoriales, y v) que si bien el Congreso puede darle carácter permanente al impuesto, no puede hacer permanente la destinación específica.

En resumen, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, así como la intervención de la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de los decretos legislativos dictados durante los estados de emergencia económica, han significado un recorte significativo en las facultades del Gobierno para crear y modificar tributos a través de este tipo de normas, en particular, en los siguientes aspectos: i) si bien es posible que el Presidente establezca tributos o aumente la tarifa de los ya existentes con el fin de obtener recursos para solucionar la crisis que dio lugar a la declaración del estado de excepción, en la actualidad tales medidas sólo pueden ser de carácter temporal, a diferencia de lo que ocurría desde la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968; ii) la conexidad que debe existir entre la creación o modificación de los tributos y la causas invocadas como fundamento de la declaración de la emergencia ahora debe ser directa y específica; iii) los nuevos recursos que se obtengan mediante esa figura deben destinarse de manera exclusiva a conjurar la crisis; y, por último, iv) la Corte Constitucional –a diferencia de la Corte Suprema de Justicia- realiza un control de constitucionalidad de forma y de fondo de los decretos legislativos en los que se declara la emergencia y en los que se adoptan medidas para solucionarla, y puede declarar, por lo tanto, que las causas invocadas por el Gobierno no ameritan la declaración del estado de excepción aludido o que las normas expedidas exceden las facultades del Gobierno.

Estas limitaciones han conducido a que entre 1991 y 2006 sólo se haya realizado una reforma tributaria por medio de la figura de los decretos legislativos de estado de emergencia económica: el Decreto Legislativo 2331 de 1998, a través del cual se creó de manera temporal el impuesto del dos por mil sobre las transacciones financieras.

2.1.2 Ausencia de Cambios en la Capacidad del Gobierno para Crear y Reformar los tributos durante el estado de sitio y de conmoción interior

de ahorro y crédito, se encuentren o no intervenidas o en liquidación, y las instituciones financieras de carácter público.

⁷⁴ En este orden de ideas, la Corte Constitucional aclaró que la prohibición de crear rentas con destinación específica sólo es aplicable en tiempos de normalidad.

Si bien con posterioridad a la introducción del estado de emergencia económica y social por medio del Acto Legislativo 01 de 1968, el Gobierno creó y modificó tributos durante los estados de sitio -por ejemplo en 1987 pretendió bajo esa figura implementar una reforma general al régimen del impuesto de renta-⁷⁵ esa facultad no fue utilizada en ninguna oportunidad entre 1968 y 1991.

Seguramente por esa razón los constituyentes de 1991 no se pronunciaron sobre esta facultad en cabeza del Ejecutivo durante los estados de conmoción interior.⁷⁶ Sin embargo, con fundamento en el artículo 213 superior, según el cual durante este estado de excepción el Gobierno cuenta con “(...) las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos”, tanto el Gobierno como la Corte Constitucional en 1992 –sentencia C-083 de 1992⁷⁷- interpretaron que bajo esa figura se podían crear y modificar tributos, siempre y cuando dicha medida fuera necesaria para enfrentar el problema que había dado lugar a la declaración de la conmoción.

El Congreso desarrolló de manera explícita esa posibilidad en la Ley 137 de 1994 –Ley estatutaria de los estados de excepción-. Al respecto, el artículo 38 de esta ley dispuso que durante el estado de conmoción interior, el Gobierno puede imponer contribuciones fiscales o parafiscales para una sola vigencia fiscal, o percibir contribuciones o impuestos que no figuren en el presupuesto de rentas.⁷⁸

⁷⁵ La Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de las medidas porque su carácter general desbordaba el carácter excepcional que exigía la Constitución para las mismas en vigencia del estado de sitio. Ver al respecto la sentencia No. 137, de octubre de 1987, M.P. Jesús Vallejo Mejía, citada por la Corte Constitucional en la sentencia C-083 de 1992.

⁷⁶ Ver al respecto la introducción de esta sección.

⁷⁷ El Presidente César Gaviria, por medio del Decreto Legislativo 1793 de 1992, creó un impuesto en cabeza de quienes suscribieran contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público, o celebraran contratos de adición al valor de los existentes, equivalente al 5% del valor de los contratos o de su respectiva adición, con el fin de dotar de recursos a las fuerzas armadas para afrontar con éxito la ofensiva subversiva y terrorista. De este decreto se ocupó la Corte Constitucional en la sentencia C-083 de 1992 (M.P. Fabio Morón Díaz), en la que señaló i) que la medida guardaba conexidad con los motivos que habían originado la conmoción interior; ii) que durante la conmoción interior, de acuerdo con el artículo 338 y el artículo 213, el Gobierno podía decretar impuestos extraordinarios, como ya lo venía indicando de antaño la Corte Suprema de Justicia, con el fin de conjurar las crisis de orden público, y iii) que la prohibición del artículo 359 de creación de rentas con destinación específica no era aplicable a los tributos creados durante los estados de excepción. Con fundamento en estas consideraciones, la Corte declaró la exequibilidad del decreto.

⁷⁸ El artículo dispone:

“Artículo 38. Facultades. Durante el Estado de Conmoción Interior el Gobierno tendrá además la facultad de adoptar las siguientes medidas:

(...)

"I) Imponer contribuciones fiscales o parafiscales para una sola vigencia fiscal, o durante la vigencia de la conmoción, percibir contribuciones o impuestos que no figuren en el presupuesto de rentas y hacer erogaciones con cargo al tesoro que no se hallen incluidas en el de gastos.

Parágrafo. Los ingresos percibidos por concepto de regalías por los departamentos productores de recursos naturales no renovables, así como por los puertos marítimos y fluviales contemplados en el artículo 360 de la Constitución Política, no podrán afectarse en más de un diez por ciento (10%).

Además, de conformidad con los artículos 10 y 13, las medidas tributarias que se adopten durante ese estado de excepción deben i) estar directa y específicamente encaminadas a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos, y ii) ser proporcionales a la gravedad de los hechos que buscan conjurar. Tal motivación, de acuerdo con el artículo 11, debe expresarse claramente en el decreto legislativo mediante el cual se introduce la medida.

La Corte Constitucional se ocupó del control previo y automático de dicha ley estatutaria en la sentencia C-179 de 1994⁷⁹, en la que declaró la exequibilidad de la misma bajo los siguientes argumentos: i) en los estados de excepción se presentan con frecuencia situaciones o circunstancias que implican la generación de gastos que no pueden ser cubiertos con las partidas presupuestales existentes; y ii) estas situaciones no pueden ser previstas por el legislador cuando elabora el Presupuesto General de la Nación y, por lo tanto, ameritan la adopción de medidas extraordinarias.

Si bien hasta fecha, el Gobierno ha hecho uso de la facultad de crear tributos durante el estado de conmoción interior sólo en dos oportunidades –una antes⁸⁰ y otra después de la expedición de la Ley 137 de 1994⁸¹–, y aunque la ley estatutaria

Los recursos afectados deberán destinarse a inversiones en seguridad dentro de la misma entidad territorial. La limitación señalada en este párrafo no se tendrá en cuenta en caso de guerra exterior."

⁷⁹ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁰ Ver cita No. 72.

⁸¹ El Presidente Álvaro Uribe –mediante el Decreto Legislativo 1838 de 2002– introdujo un impuesto especial destinado a atender los gastos necesarios para garantizar la seguridad democrática – impuesto al patrimonio–, como una de las medidas necesarias para conjurar la crisis que había dado lugar a la declaración del estado de conmoción interior a través del Decreto Legislativo 1837 del 11 de agosto de 2002. De la constitucionalidad de este decreto se ocupó la Corte Constitucional en la sentencia C-876 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), en la que declaró su exequibilidad, por considerar i) que reunía los requisitos formales exigidos por la normativa vigente; ii) que la creación del tributo en cuestión contaba con una justificación expresa en el decreto; iii) que el decreto era claro en relación con la forma como se iban a distribuir los recursos; iv) que desde el punto de vista material, la medida tributaria guardaba conexidad con las causas que habían dado lugar a la declaratoria del estado de conmoción interior; v) que buscaba una finalidad legítima, como lo era dotar a las fuerzas armadas de mayores recursos para fortalecer la lucha contra los grupos armados al margen de la ley y otros delincuentes que atentaban contra la seguridad y la estabilidad de las instituciones; vi) que era necesaria, puesto que la Nación atravesaba por una situación económica crítica y no había posibilidades de acudir a otros mecanismos de financiación, y vii) que la medida era proporcionada al fin perseguido, ya que, aunque implicaba un sacrificio mayor para quienes estaban obligados a pagar el impuesto, el esfuerzo recaía en las personas con mayor capacidad de pago y, por otra parte, no había posibilidad de acudir a otros mecanismos de financiación. El Magistrado Alfredo Beltrán Sierra salvó su voto porque estimó i) que el Gobierno no había explicado por qué los recursos incluidos en el presupuesto no eran suficientes para atender la perturbación que había dado lugar a la declaratoria de conmoción; ii) que en realidad lo que buscaba el Gobierno era contribuir a resolver la crisis fiscal del país mediante el uso de la facultad extraordinaria de creación de tributos en este estado de excepción; iii) que no había justificación suficiente del porqué el Gobierno no había acudido a los mecanismos ordinarios de financiación, y iv) que el impuesto creado desconocía

de los estados de excepción establece límites claros a esta posibilidad, similares a los que exige para la creación de tributos durante la emergencia económica, social y ecológica, la Corte Constitucional, a diferencia de lo que ha ocurrido en materia de emergencia económica, ha sido bastante amplia en la interpretación de sus alcances. En efecto i) ha aceptado de manera amplia la creación de tributos para enfrentar el aumento de los atentados de la guerrilla y la delincuencia, sin que el Gobierno justificara por qué los recursos ordinarios no eran suficientes para conjurar la crisis⁸², y ii) ha retomado la teoría de la Corte Suprema de Justicia según la cual a la Corte sólo le corresponde examinar los decretos legislativos dictados durante los estados de conmoción interior desde el punto de vista jurídico, y que en consecuencia no puede efectuar un análisis de conveniencia, ni de índole sociológica, económica o política.⁸³

En sus pronunciamientos, la Corte se ha limitado a establecer i) que los decretos legislativos que se dicten deben predeterminar los elementos de la obligación tributaria⁸⁴; ii) que el mandato según el cual las normas tributarias comienzan a regir a partir de la vigencia fiscal siguiente a aquella en la que fueron expedidas, se aplica también a los estados de conmoción interior; iii) que los principios de equidad, eficiencia y progresividad, así como la prohibición de retroactividad de las normas tributarias, también se predicen de los tributos creados durante la conmoción, y que iv) en ningún caso se pueden afectar los principios y reglas que protegen los recursos de las entidades territoriales⁸⁵.

En resumen, en materia de creación de tributos durante el estado de conmoción interior –antiguo estado de sitio–, la Constitución de 1991 no presentó cambios significativos. No obstante, el Gobierno no ha acudido a estas medidas con frecuencia –sólo en dos ocasiones desde la expedición de la Constitución de 1991– y siempre con la limitación de que sus medidas sólo tienen una vigencia transitoria.

varios de los principios constitucionales que deben regir el sistema tributario. En sentido similar se pronunciaron Clara Inés Vargas y Jaime Araújo Rentería.

⁸² Sentencia C-083 de 1992.

⁸³ Sentencia C-876 de 2002.

⁸⁴ Estos son: sujeto activo, sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa, en los términos señalados en el artículo 338 de la Constitución.

⁸⁵ Las normas constitucionales que protegen los recursos de las entidades territoriales son: el artículo 317 que establece que la propiedad inmueble sólo puede ser gravada por los municipios –lo cual no obsta para que la Nación pueda crear contribuciones por valorización–; el artículo 294 que prohíbe al Congreso conceder exenciones sobre los tributos de titularidad de las entidades territoriales; el artículo 362 de acuerdo con el cual i) los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares, y ii) los tributos de titularidad de las entidades territoriales no pueden ser trasladados a la Nación, salvo en el caso de guerra exterior.

Es necesario señalar que en esta sentencia hubo un cambio de jurisprudencia en relación con la aplicación del artículo 294 durante la conmoción interior, pues en la sentencia C-179 de 1994, la Corte había sostenido que las prohibiciones contenidas en este artículo no son aplicables en estos eventos.

2.2 Prohibición al Congreso de Conferir Facultades Extraordinarias al Presidente para Modificar o Suprimir tributos

La facultad del Gobierno para regular materias tributarias por medio de decretos ley fue una de las que más restricciones sufrió con la expedición de la Constitución de 1991. En vigencia de la Constitución de 1886, era frecuente que el Congreso encargara al Gobierno la definición del régimen tributario del país, o que el Gobierno lo hiciera de facto a partir de una interpretación amplia de las facultades extraordinarias que le concedía el legislativo. La Constitución de 1991 acabó con esa posibilidad. Además, la Corte Constitucional se ha opuesto a que, así sea de manera tangencial, los decretos ley sean empleados para regular materias tributarias. A continuación se analizan estos cambios:

De acuerdo con el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886 y el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución de 1991, el Congreso de la República, mediante una ley, puede conceder facultades extraordinarias al Presidente de la República, de manera temporal, para expedir normas con fuerza de ley (decretos ley), con el fin de regular materias señaladas de manera precisa por la ley que le otorgue las facultades.

Si bien el texto constitucional de 1886 no permitía de manera expresa la creación y modificación de tributos mediante decretos ley, la Corte Suprema de Justicia, en varios pronunciamientos,⁸⁶ consideró viable tal opción con fundamento en el artículo 205 del texto original.⁸⁷ Además, dicho tribunal fue laxo en la valoración del requisito de precisión que la Constitución exigía a la ley que otorgaba las facultades extraordinarias al Gobierno cuando de temas tributarios se trataba. En efecto, el numeral 10 del artículo 76 de la anterior Carta⁸⁸ señalaba que las leyes que entregaran facultades extraordinarias al Presidente para que asumiera funciones legislativas debían señalar con precisión las materias sobre las cuales versarían las referidas normas. Frente a ese requisito, esa corporación fue cada vez más amplia en sus interpretaciones, hasta el punto de considerar ajustadas a

⁸⁶ Sentencias del 25 de mayo y del 3 de noviembre de 1915 y del 2 de abril de 1935 (citadas por Palacios Mejía, Tomo II, 1975, p. 564, y por Alzate, p. 106).

⁸⁷ La Corte Suprema de Justicia consideraba que la creación de tributos por medio de decretos ley no violaba el artículo 43 de la anterior Carta, según el cual en tiempos de paz sólo el Congreso, las asambleas y los concejos podían imponer contribuciones, sino que era el desarrollo de otros mandatos constitucionales que, con carácter excepcional, entregaban funciones legislativas al Ejecutivo (Alzate, p. 107).

⁸⁸ El texto del artículo – reformado varias veces -era el siguiente:

“Art. 76.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

12. Revestir, pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.”

la Constitución leyes que señalaban sin detalle la materia respectiva y los fines para los cuales se otorgaban las facultades.⁸⁹

Esta tendencia hacia la interpretación amplia cambió a finales de los años 80. A partir de ese momento, la Corte se volvió cada vez más estricta en la valoración de la conexidad que debía existir entre la ley que concedía las facultades extraordinarias y las medidas que se adoptaban en ejercicio de las mismas. Así, por ejemplo, en sentencia del 8 de febrero de 1990 (M.P. Fabio Morón Díaz), la Corte declaró la inexecutable del artículo 5 del Decreto Ley 2686 de 1989, por cuanto, a su juicio, si bien el Congreso había facultado al Gobierno para desligar el impuesto de renta de los efectos de la inflación, ello no lo facultaba para modificar los sujetos sometidos al impuesto, ni para extender un régimen excepcional a las compañías de leasing cuando la misma ley las había excluido expresamente del mismo. En este sentido, indicó que la concesión de facultades extraordinarias, por ser de carácter excepcional, era de interpretación restrictiva.⁹⁰

Posteriormente, en sentencia del 31 de mayo del mismo año⁹¹, la Corte declaró la inexecutable del artículo 301 del Decreto Ley 2655 de 1988, mediante el cual el Presidente había dispuesto que los derechos que se causarían por la inscripción en el registro minero –creado en el mismo decreto ley- serían fijados por el Ministerio de Minas y Energía y destinados al Fondo Rotatorio del mismo. La Corte estimó que si bien se le habían otorgado facultades extraordinarias al Presidente para crear el registro minero, las mismas no se extendían a la creación de un tributo con ocasión de la inscripción en el mismo, toda vez que las facultades extraordinarias debían ser precisas.⁹²

No obstante el cambio de jurisprudencia que se presentó entre 1960 y 1990, las interpretaciones de la Corte Suprema permitieron que con frecuencia el Ejecutivo acudiera a la figura de los decretos ley para implementar reformas tributarias. Así,

⁸⁹ Sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la materia, ver Palacios Mejía, Tomo II, 1975, p. 568 y 569. En particular, este autor cita el caso de una ley de facultades extraordinarias demandada en 1971 por falta de precisión. Dicha ley, luego de ordenar un aumento de ciertos gastos estatales, autorizaba al Gobierno a "(...) establecer todos los medios financieros necesarios a los indicados fines, creando las contribuciones a las que haya lugar (...)". La Corte estimó que tales facultades sí eran precisas porque la norma establecía los fines y la materia (p. 568).

⁹⁰ Al respecto, expresó: "(...) el instituto jurídico de la habilitación legislativa, por ser de carácter extraordinario, está sometido a límites predicables no sólo del acto de conferimiento, sino de la interpretación del mismo a efectos de su ejercicio, siendo ésta en todo caso restrictiva". Cfr. Gaceta Judicial, Tomo 201. Primer semestre de 1990. P. 159.

⁹¹ M.P. Hernández Gómez Otálora.

⁹² Sobre este punto, la Corte expresó: "Como puede apreciarse, el numeral en cuestión no hace referencia al establecimiento de tasas por los servicios del Registro. Tampoco puede decirse que tal facultad estuviese implícita, pues las facultades extraordinarias deben ser 'precisas' según lo dispone el artículo 76-12 de la Constitución Nacional, por lo cual esta Corporación ha rechazado en numerosas providencias la posibilidad de facultades extraordinarias implícitas". Cfr. Gaceta Judicial. Tomo 201. Primer semestre de 1990. P. 675.

en ese periodo fueron adoptados ocho decretos ley con contenido tributario⁹³, de un total de veintiocho reformas tributarias.

La tendencia hacia una interpretación restrictiva fue seguida por la Constitución de 1991, en la que se prohibió, en el numeral 10 del artículo 150, la concesión de facultades extraordinarias al Presidente para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas y marco, y decretar tributos. Además, el nuevo texto constitucional fijó en seis meses el término por el que cual se pueden conceder tales facultades, dispuso que las mismas sólo serían conferidas por solicitud del Gobierno – iniciativa gubernamental privativa– y requirió aprobación de la ley respectiva por mayoría absoluta de cada Cámara.

En dos de los proyectos presentados en ponencia sobre el tema ante la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente no se restringía la posibilidad del Presidente de crear tributos en ejercicio de facultades extraordinarias.⁹⁴ Sin embargo, existió un amplio debate sobre la conveniencia de mantener la figura de las facultades extraordinarias, así fuera de manera restringida. Este debate concluyó con la no aprobación del hoy numeral 10 del artículo 150 en la Comisión Tercera. La previsión regresó en la plenaria de la asamblea con la restricción aludida en materia tributaria (Lleras y Tangarife, Tomo II, 1996, p. 610 a 637).

Las restricciones introducidas por el constituyente de 1991 a este respecto estaban encaminadas a devolver al Congreso el poder que había perdido por el uso frecuente y amplio de las facultades extraordinarias, así como a obligar al Gobierno a acudir, en primer término, a los mecanismos ordinarios previstos en el ordenamiento para enfrentar las crisis.

La Corte Constitucional también ha sido restrictiva en la interpretación del numeral 10 del artículo 150 superior. Así, en la sentencia C-246 de 1995⁹⁵, señaló que el Congreso no podía conferir facultades extraordinarias al Presidente para modificar

⁹³ Estos decretos ley fueron los siguientes: 3190 de 1963, 444 de 1967, 3288 de 1967, 2503 de 1987, 2440 de 1987, 2655 de 1988, 1321 de 1989 y 2682 de 1989.

⁹⁴ Ponencias presentadas por el delegatario Hernando Yépes Arcila -Gaceta Constitucional No. 67 p. 7- y por los delegatarios Álvaro Echeverri Uruburu, Antonio Galán Sarmiento, Arturo Mejía Borda, Luis Guillermo Nieto Roa, Rosemberg Pabón, Alfonso Palacios Rudas y Hernando Yepes Arcila -Gaceta Constitucional No. 51 p. 8- (citadas por Lleras y Tangarife, Tomo II, 1996, p. 624 y 637).

⁹⁵ En esta sentencia la Corte examinó una demanda promovida por un ciudadano contra los artículos 15 y 16 (parciales) del Decreto Ley 1280 de 1994, mediante el cual el Presidente, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le habían sido concedidas por el Congreso en el numeral 3º del artículo 98 de la Ley 101 de 1993, revisaba el régimen tributario aplicable a los cigarrillos. El demandante alegaba que el Presidente había excedido sus facultades y violado el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, por cuanto so pretexto de la revisión del régimen tributario de los cigarrillos, había terminado eliminándolo. La Corte acogió los cargos del accionante y además de declarar la inexecutable de la norma demanda, declaró la inexecutable de la disposición que confería las facultades extraordinarias en tal sentido.

o suprimir tributos, y en la sentencia C-341 de 1998⁹⁶, precisó que tampoco pueden concederse facultades al Ejecutivo para crear, restringir, adicionar, modificar o suprimir exenciones tributarias, por cuanto esta es una competencia exclusiva del legislador.

2.3 Pérdida del Gobierno de la Capacidad para Modificar la Tarifa del Arancel de Aduanas con Fines Fiscales

Inicialmente, la Constitución de 1886 establecía que la creación y la fijación de la tarifa del impuesto de aduanas sólo podían hacerse mediante ley, como en el caso de cualquier otro impuesto. Fue así como por medio de la Ley 117 de 1913 se expidió la primera tarifa arancelaria del siglo, con el propósito de gravar varios bienes dentro del concepto de gravamen específico, es decir, de una tarifa fija para cada bien. Más adelante, con la Ley 79 de 1931 se introdujeron algunas modificaciones con el ánimo de tecnificar el régimen arancelario, pero se conservó el sistema de arancel específico de la Ley 117 de 1913.

En 1950, en el marco de la política de sustitución de importaciones y con el fin de proteger la industria nacional⁹⁷, se expidió el Decreto Ley 2218, que derogó el sistema introducido en 1931, y se optó por el gravamen *ad valorem* que es el que “(...) se carga sobre el precio normal en aduana de un producto, como porcentaje de dicho valor, bien sea en operaciones de exportación (café) o de importación (los productos sujetos a una posición arancelaria)” (Arango Londoño, p. 279). La adopción del sistema del Decreto 2218 de 1950, si bien no eliminó del todo el sistema de gravamen específico sino que lo combinó con el *ad valorem*, sí significó un paso fundamental en el tránsito hacia una nomenclatura técnica que permitiera incorporar nuevos productos (p. 279).

En 1964, en uso de las facultades que el Congreso le había conferido el año anterior, el Presidente expidió el Decreto 3168, mediante el cual introdujo un nuevo régimen de aduanas. Dicho régimen contemplaba i) una eliminación prácticamente absoluta de los aranceles específicos, y ii) la fijación del valor imponible en las mercancías en el precio aduanero normal (Arango Londoño, p. 279 y 280).

⁹⁶ Es esta oportunidad la Corte abordó una demanda contra el artículo 37 de la Ley 383 de 1997 que autorizaba al Consejo Superior de Comercio Exterior a establecer exenciones sobre el impuesto de aduanas sobre ciertas mercancías, en determinadas circunstancias. La Corporación declaró la inexecutable del precepto por estimar que ésta es una competencia exclusiva del legislador. Aunque no se trataba propiamente de facultades extraordinarias, al estudiar el asunto la Corte dejó claro que bajo esta figura tampoco podían entregarse potestades semejantes al Presidente de la República.

⁹⁷ El modelo de desarrollo adoptado en aquella época combinaba la estrategia de sustitución de importaciones y protección de la industria nacional, con la de promoción de las exportaciones apoyada con el otorgamiento de estímulos directos a las ventas en el exterior y a la formación de industrias al interior del país.

Posteriormente, con la reforma constitucional de 1968, se entregó al Gobierno la facultad de variar la tarifa y otros elementos sustanciales del impuesto de aduanas sin límite temporal o porcentual, así como la de regular el crédito público, la deuda nacional y su servicio, el régimen de cambios internacionales y el comercio exterior. Esta modificación respondió a la corriente que fomentaba la intervención del Estado en la economía, particularmente mediante la entrega de competencias en estas materias al Ejecutivo para que las regulara con mayor nivel técnico y mayor agilidad.

Para hacer operativa esta transferencia de facultades del legislativo al Ejecutivo, se creó la figura de las leyes marco o cuadro, mediante las cuales el Congreso debía fijar los lineamientos generales a los que debería ajustarse el Presidente para ejercer sus nuevas competencias. Esta reforma quedó plasmada en el numeral 22 del artículo 76 de la anterior Constitución. Además, el acto legislativo concedió al Gobierno la iniciativa exclusiva para la modificación de dicha ley (numeral 4 del artículo 76).⁹⁸

En cumplimiento de estas disposiciones, en 1971 se expidió la ley cuadro de aduanas (Ley 6° de 1971), que autorizó al Gobierno, entre otros aspectos, i) a actualizar y reestructurar la nomenclatura arancelaria, ii) a restringir o derogar exenciones de derechos arancelarios de importación “cuando sean compatibles con la protección que debe otorgarse a la producción y al trabajo nacionales”, y iii) más importante aun, a variar la tarifa de los aranceles (Arango Londoño, p. 280).

De acuerdo con el texto de la misma ley, sus propósitos eran estimular el crecimiento económico del país, proteger la industria nacional y promover la sustitución de importaciones de materias primas, bienes de consumo, intermedios y de capital que pudieran producirse económicamente en el país, lo que se tradujo en un aumento de las tarifas arancelarias.

Con la Ley 69 de 1973, se creó un nuevo arancel de aduanas con una nomenclatura más tecnificada que la que se había acogido en 1964, y se facultó al Presidente para ajustar las tarifas del mismo con arreglo al Plan de Desarrollo Económico y Social. En ejercicio de estas facultades, el Presidente expidió los decretos 895 de 1990 y 1803 de 1990 (Arango Londoño, p. 280).

La política de comercio exterior del país tuvo un giro radical hacia la apertura durante el Gobierno del Presidente Barco. Así, con el documento CONPES 1465J

⁹⁸ Los ponentes de esta reforma centraban el debate en la falta de preparación y capacidad técnica del Congreso para hacer frente a las crecientes necesidades que en tales materias surgen en el Estado moderno, y en la imposibilidad de dicho cuerpo de ofrecer soluciones rápidas, adecuadas y técnicas al respecto. Esta referencia a las razones que fundamentaron la reforma constitucional de 1968 en este respecto se encuentra en la exposición de motivos de la ponencia presentada por los constituyentes Álvaro Echeverri Uruburu, Antonio Galán Sarmiento, Arturo Mejía Borda, Luis Guillermo Nieto Roa, Rosemberg Pabón, Alfonso Palacios Rudas y Hernando Yepes Arcila a la comisión tercera de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Gaceta Constitucional No. 51 p. 8 (citada por Lleras y Tangarife, Tomo II, 1996, p. 626).

de febrero de 1990 se dio inicio al proceso de reducción de la tarifa de los aranceles por medio de un proceso gradual de apertura que tendría una duración de 4 años y un programa de reducción de la tarifa del arancel⁹⁹ (citado por Plazas Vega, p. 838).

La adopción de este programa condujo a una reducción de los ingresos fiscales por concepto de la fiscalidad exterior, lo que obligó al Gobierno a promover un aumento de la alícuota del impuesto sobre las ventas para compensar esta situación. Ello se logró mediante la promulgación de la Ley 49 de 1990, que implementó una tarifa del 12% en reemplazo de la del 10% que regía hasta entonces (Plazas Vega, p. 835).

Más adelante, por iniciativa del Presidente Gaviria, el Congreso expidió la ley 7ª de 1991 que i) autorizó al Gobierno a establecer sistemas de aranceles variables y sus instrumentos operativos; ii) encargó al Consejo Superior de Comercio Exterior la fijación de las tarifas arancelarias (numeral 2 del artículo 14); iii) dispuso que cuando se fueran a variar tales tarifas, se debía contar con el concepto del Ministro de Hacienda y se debía conocer previamente el concepto del Consejo Nacional de Política Fiscal (parágrafo 3 del artículo 14); iv) simplificó la estructura de los aranceles en cuatro niveles de 0%, 5%, 10% y 15%; v) creó el Ministerio de Comercio Exterior, el Consejo Superior de Comercio Exterior y el Banco de Comercio Exterior de Colombia (Bancoldex) en reemplazo de Proexpo; y vi) facultó al Gobierno para proteger la producción nacional de las prácticas desleales y restrictivas del comercio internacional, lo que dio lugar a la adopción de medidas de salvaguarda contenidas en el Decreto 1407 de 1999 (Arango Londoño, p. 283).

La Constitución de 1991 también previó que para que el Presidente pudiera ejercer sus competencias en esta materia, debía sujetarse a la ley marco que el Congreso expidiera para efectos de fijar las reglas generales al respecto. Sin embargo, a diferencia del texto de 1968, impuso al Ejecutivo la limitación de que las modificaciones a las tarifas de los aranceles sólo podrían, en adelante, llevarse a cabo por razones de política comercial (artículo 150 numeral 19 y artículo 189 numeral 25 superiores).

Sobre esta cuestión, en el proyecto presentado en ponencia ante la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente por los delegatarios Álvaro Echeverri Uruburu, Antonio Galán Sarmiento, Arturo Mejía Borda, Luis Guillermo Nieto Roa, Rosemberg Pabón, Alfonso Palacios Rudas y Hernando Yepes Arcila sobre las funciones del Congreso, se proponía que éste sólo dictara una ley general en la materia, con base en la cual el Presidente pudiera modificar las tarifas de los aranceles y las demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas. No obstante, abogaban por que el Presidente sólo pudiera efectuar tales

⁹⁹ Como consecuencia de esta nueva política, mediante los decretos de ley marco 725 y 2183 de 1990, y 1692 y 2097 de 1991, se redujo la tarifa del arancel del 18 al 16%, del 16 al 13%, del 13 al 10% y, finalmente, del 10 al 8%, respectivamente.

modificaciones “(...) por razones de política comercial” y “(...) en ningún caso por motivos fiscales o de política macroeconómica”. Las razones para introducir esta restricción –señalaban- se basaban en los abusos en los que el Gobierno había incurrido en este respecto y a su invasión de competencias exclusivas del legislador. A esto agregaban que era preocupante que la iniciativa del Gobierno fuera privilegiada en esta materia, así como en muchas otras vitales para la actividad del Estado tales como la organización del presupuesto, los planes de desarrollo, la estructura de la administración nacional, las inversiones públicas y privadas, el crédito y la deuda pública, el situado fiscal, las exenciones tributarias, etc. (Gaceta Constitucional No. 51, p. 8. Citada por Lleras y Tangarife, Tomo II, 1996, p. 624 a 628).

Esta limitación fue aprobada por la Comisión Tercera. Sin embargo, en el primer debate de plenaria se mantuvo sólo la limitación en materia arancelaria en el sentido de que su modificación fuera por razones de política comercial.

Es así como en materia de regulación del arancel de aduanas¹⁰⁰, la Constitución de 1991, así como los desarrollos del comercio internacional, han impuesto límites a la facultad del Gobierno de fijar las tarifas y de emplear la fiscalidad exterior con fines recaudatorios.

¹⁰⁰ Se trata de impuestos externos que se originan principalmente en operaciones de importación y exportación de bienes y servicios.

3. CAMBIO EN LAS REGLAS RELATIVAS AL CONTROL DEL GOBIERNO SOBRE EL GASTO

3.1 Cambios relativos a las instituciones presupuestales

Durante la vigencia de la Constitución de 1886, las reformas a los procedimientos de aprobación y modificación del presupuesto en Colombia introdujeron, de manera sistemática, reglas que la literatura económica sobre el tema denomina jerárquicas -v. gr. reglas que le otorgan amplio poder al Ministro de Hacienda frente a los demás ministros y al Congreso en términos de la definición de la agenda de discusión del presupuesto (Alesina, 1998).¹⁰¹ Si bien la institucionalidad presupuestal posterior a la expedición de la Constitución de 1991 mantuvo, en general, esa orientación jerárquica de sus reglas procedimentales, ella incorporó recortes sustanciales al poder del Gobierno en dos aspectos importantes.

El primero está relacionado con la potestad que el Decreto Legislativo 1675 de 1964 le había otorgado al Ministro de Hacienda para determinar, a través de los llamados Acuerdos de Obligaciones, las apropiaciones presupuestales que, en efecto, podían ser comprometidas por las entidades. Tal potestad hacía que, en la práctica, fuera dicho funcionario quien determinara el presupuesto. La figura de los Acuerdos de Obligaciones fue eliminada por la Ley 38 de 1989, la cual continuó vigente después de la expedición de la Constitución de 1991 con el aval de la Corte Constitucional. Con este cambio normativo, la ley anual de presupuesto aprobada por el Congreso pasó de ser una autorización de gasto en sentido simplemente formal a una con efectos sustanciales inmediatos.

El segundo aspecto tiene que ver con la prerrogativa del Gobierno para decretar gasto. El artículo 208 de la Constitución de 1886 le otorgaba al Gobierno dicha potestad cuando el Congreso no estuviera sesionando. La Constitución de 1991 determinó que el Gobierno sólo puede decretar gastos extraordinarios con ocasión de la declaración de estados de excepción.

Estos cambios le significaron al Ministro de Hacienda una pérdida sustancial de poder de negociación frente al Congreso y redujeron su capacidad para controlar la ejecución del presupuesto.

Una característica de la institucionalidad presupuestal que se mantuvo desde la Constitución de 1886 hasta principios de la presente década fue la ausencia de reglas numéricas. Sólo en su evolución más reciente, la institucionalidad fiscal ha

¹⁰¹ La literatura económica distingue tres tipos de reglas: i) las procedimentales que regulan el proceso de formación, presentación y aprobación legislativa del presupuesto, iii) las numéricas que imponen límites específicos al tamaño del presupuesto y iv) las de transparencia que buscan la publicidad de los procedimientos y resultados presupuestales (Alesina, Perotti, 1996).

incorporado reglas de este tipo. Sin embargo, ellas tienen efecto para los entes territoriales, pero no para el Gobierno central.

3.1.1 1886-1989: Introducción Sistemática de Reglas Jerárquicas en el Procedimiento Presupuestal

Durante la vigencia de la Constitución de 1886 se acentuó el poder de decisión del Ministerio de Hacienda en el proceso de aprobación del presupuesto tanto al interior del Gobierno, como frente al Congreso.

De un lado, desde un comienzo el Ministro de Hacienda gozó de la potestad para modificar el presupuesto expedido por el Congreso. Si bien le correspondía a este último la competencia constitucional de aprobar la ley anual de presupuesto, el artículo 208 de la Constitución de 1886 creó la posibilidad de que el Gobierno decretara gastos adicionales cuando el órgano legislativo no estuviese sesionando. El nuevo gasto se discutía en el Consejo de Ministros, el cual decretaba las nuevas partidas presupuestales y las sometía a posterior aprobación por el Consejo de Estado. Una vez reanudaba sesiones, el Congreso se limitaba a avalar las apropiaciones decretadas por el Gobierno. La Ley 110 de 1912 mantuvo esta facultad, pero estableció que la presentación de la propuesta de adición presupuestal ante el Consejo de Ministros correspondía de manera exclusiva al Ministro de Hacienda. Estas regulaciones permitieron que el Ministro de Hacienda hiciera uso de esta facultad con frecuencia.

De otra parte, la capacidad del Ministro de Hacienda para definir el presupuesto de manera unilateral que le otorgaba el artículo 208 de la Constitución de 1886 fue ampliada, en la práctica, mediante la creación de los Acuerdos de Gastos y de Obligaciones a la que dio lugar el artículo 68 del Decreto Legislativo 1675 de 1964.¹⁰² Los Acuerdos de Obligaciones determinaban las apropiaciones que podían comprometerse, mientras que los Acuerdos de Gasto hacían lo propio con las sumas que las dependencias administrativas podían girar. El órgano competente para la aprobación del proyecto de Acuerdos de Gastos y de Obligaciones era el Consejo de Ministros. Estas dos figuras fueron precisadas por

¹⁰² Artículo 68 del Decreto 1675 de 1964: “Para mantener el equilibrio del Presupuesto durante su ejecución, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, asistido por el Director General de Presupuesto, preparará durante los últimos diez días de cada mes un programa de las obligaciones que puedan tomarse a cargo del Estado, y otro de las sumas que puedan girarse por las distintas dependencias, con cargo a sus respectivas apropiaciones para gastos, mediante la asignación de partidas globales, teniendo en consideración las solicitudes que los Ministerios y los Departamentos administrativos le hagan antes del 20 de cada mes, el producto de las rentas e ingresos durante los meses corridos del ejercicio de viabilidad de los recursos del crédito que se hubieran incluido en el presupuesto y las necesidades del equilibrio presupuestal. Tales programas de obligaciones y de gastos serán sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros”. El artículo 69 del mismo decreto continúa: “Los Ministros o Jefes de Departamento Administrativo no podrán celebrar contratos ni contraer obligaciones a cargo de una vigencia fiscal, sin que antes haya sido aprobado el gasto en el respectivo acuerdo mensual de obligaciones. Los contratos que se celebren en contravención de este artículo adolecerán de nulidad absoluta”.

el Decreto Ley 294 de 1973 en el que se definieron los Acuerdos de Obligaciones como el tope máximo de obligaciones contractuales que podían contraer las entidades del nivel central cada cuatro meses, y los Acuerdos de Gastos como los pagos mensuales autorizados con cargo a la ley del presupuesto.¹⁰³ Los gastos no recogidos en los Acuerdos de Obligaciones no podían ejecutarse,¹⁰⁴ lo que hacía que fuera el Ministro de Hacienda, no el Congreso, la instancia que, en efecto, autorizaba el gasto.

De otro lado, desde las primeras reformas realizadas al régimen presupuestal se introdujeron límites a la capacidad del Congreso para añadir gastos al proyecto presentado por el Gobierno. En este sentido, la Ley 3 de 1916 estableció un orden de prelación para la ejecución de los gastos, de manera que en caso de que las rentas nacionales no fueran suficientes para atender todos los gastos aprobados, éstos debían ejecutarse en el orden señalado por la ley.¹⁰⁵ Además, la norma le daba al Gobierno la potestad de definir el orden en el que debían cubrirse los gastos no incluidos en ese orden de prelación. En este contexto, la ejecución de los gastos que eran creados por el Congreso estaba condicionada por el orden de prelación definido por el Gobierno y adicionalmente requerían la especificación de su fuente de financiamiento. Sin embargo, el artículo 3 dejó abierta la posibilidad

¹⁰³ “Una medida fundamental para alcanzar un correcto equilibrio presupuestal fue la reglamentación del Decreto-Ley 294 de 1973 en lo referente al acuerdo de obligaciones. A diferencia del acuerdo de gastos, que se refiere a los flujos mensuales de pago autorizados contra la Ley de Presupuesto, el acuerdo de obligaciones fija un tope máximo, cada cuatro meses, de las obligaciones (contractuales) que puede adquirir cada Entidad del Estado, en su nivel central. Este acuerdo, por claras razones, genera parte del acuerdo de gastos; aquella parte susceptible de contratación. La posibilidad de regulación de los flujos de caja que permiten ambos acuerdos es inmensa; pero está supeditada a un buen sistema de información.” (Serna Valencia, Compilador, 1987, P. 341).

¹⁰⁴ El Ministro de Hacienda Rodrigo Llorente Martínez, en su Informe de Gestión de los Años 1971-1973, explicó las características de los Acuerdos de Obligaciones y de Gasto de la siguiente manera: “Recogiendo el actual criterio del Artículo 69 del Decreto 1675 de 1964, carecerán de validez los compromisos asumidos sin haber sido autorizados a través del acuerdo de obligaciones”. Aspectos de la política presupuestal en Colombia 1886-1987 (Serna Valencia, Compilador, 1987, P. 324).

¹⁰⁵ Ley 3 de 1916, artículo 2: “En caso de que los ingresos del Tesoro no fueren suficientes para pagar puntualmente en numerario todos los gastos nacionales, a medida que se vayan expidiendo las órdenes respectivas, se pagarán éstas en el orden de preferencia riguroso que se expresa en seguida: 1. Viáticos y dietas de Senadores y Representantes. 2. Sueldos y raciones del Ejército, Policía de Fronteras, Zapadores, Policía Nacional, Guardia Civil y de Cárceles, raciones de leproserías y de presos, hospitalidades del personal que se expresa en ese inciso, gastos de alimentación de los internados en los establecimientos oficiales de instrucción pública, pasaportes militares y en general los gastos de traslación de fuerzas militares o de Policía. 3. Provisión de agua y luz para los cuarteles, alojamiento de la Policía, establecimientos de castigo y de instrucción pública. 4. Gastos de personal y material del Poder Judicial. 5. Jornales de las obras públicas administradas directamente por la Nación. 6. Sueldos de empleados civiles y pensiones. 7. Útiles (sic) de escritorio para las oficinas públicas y material para los diferentes servicios de la Administración. 8. Los demás gastos en el orden que el Gobierno determine.”

de eludir el orden referido mediante la configuración de rentas con destinación específica.¹⁰⁶

En esa misma dirección, la Ley 34 de 1923 estableció que el Congreso requería la aprobación previa del Ejecutivo para aumentar el gasto. La misma ley le otorgó al Gobierno la facultad de reducir los gastos decretados cuando los ingresos no fueran suficientes. Adicionalmente la Ley 64 de 1931 dispuso que cualquier nuevo gasto introducido en el proyecto, salvo aquellos destinados al funcionamiento del Congreso, debían ser aprobado, con antelación, por el Ministro de Hacienda.¹⁰⁷

En la década de 1960 se limitó el poder del Congreso en varios sentidos. De un lado, el Decreto Legislativo 1675 de 1964 determinó que en caso de que el proyecto de presupuesto presentado por el Gobierno no fuera aprobado de manera oportuna, regiría el presupuesto del año anterior con todas las adiciones hechas al mismo durante el receso del Congreso. La capacidad del Congreso para oponerse y declarar infundadas las objeciones presentadas por el Ejecutivo a las leyes orgánicas y anuales del presupuesto también fue disminuida de manera sustancial por la reforma constitucional de 1968. El texto original de la Constitución establecía que bastaba la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara para declarar infundadas las objeciones presidenciales a la promulgación de las mencionadas leyes. La reforma introducida en 1968 al artículo 88 de la Constitución de 1886 aumentó los votos necesarios para oponerse a la objeción presidencial a dos terceras partes de una y otra Cámara. Por último, en esta misma reforma se incluyó la prohibición a los congresistas de presentar proyectos de ley sobre gastos, obras e inversiones públicas.¹⁰⁸

Las características del régimen presupuestal descritas le permitieron a la Corte Suprema de Justicia definir a la ley anual de presupuesto como un acto condición una ley en sentido meramente formal, que reunía sólo las características formales de ley, ya que los contenidos de la ley anual de presupuesto no “son propios de una situación jurídica objetiva, ni los de una situación jurídica subjetiva”. (Alzate Pérez, p. 108).

3.1.2 Ley 38 de 1989 y Constitución de 1991: Menos Discrecionalidad del Gobierno para Definir el Presupuesto sin la Aprobación del Congreso

En 1989 se expidió una nueva ley orgánica del presupuesto -la Ley 38- que, como se mencionó antes, continuó vigente luego de la expedición de la Constitución de

¹⁰⁶ Artículo 3 de la Ley 3 de 1916: “Los gastos que tengan asignada por la ley una renta o tributo especial, no entran en el orden de prelación que se deja establecido y serán cubiertos con el producto de la respectiva renta o tributo, en la proporción fijada por el legislador”.

¹⁰⁷ Artículo 44 de la Ley 64 de 1931: “Ningún crédito adicional distinto de los requeridos el Congreso para sus propios servicios, será votado por éste sino a solicitud del Ministro de Hacienda y Crédito Público y de acuerdo con restricciones establecidas en esta Ley”.

¹⁰⁸ Artículo 79 de la reforma constitucional de 1968.

1991 con la aprobación de la Corte Constitucional.¹⁰⁹ Dicha ley se convirtió en la base de la institucionalidad presupuestal bajo la nueva carta; sin embargo, tuvo que ser adaptada a las condiciones de la actual Constitución por las leyes 179 de 1994 y 225 de 1995. Esta última ley, en su artículo 24, le confirió al Gobierno facultades para compilar las normas presupuestales. En virtud de ese artículo, las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 fueron recopiladas en el Decreto 111 de 1996 –Estatuto Orgánico del Presupuesto. Con la expedición decreto se pretendía combatir "la dispersión legislativa", propugnar por la certeza jurídica y abolir la incertidumbre derivada de la práctica de la derogación tácita.¹¹⁰

La orientación jerárquica de los procedimientos de aprobación del presupuesto que caracterizó a las normas presupuestales desarrolladas en vigencia de la Constitución de 1886 se mantuvo, en general, en la nueva institucionalidad presupuestal. Ellas le otorgan al Ministro de Hacienda capacidad formal para controlar el gasto y permiten hacerlo responsable de los resultados fiscales¹¹¹ -v. gr. el Gobierno puede excluir del presupuesto gastos ordenados por leyes anteriores, además, el Congreso no puede aumentar los gastos o reducir los ingresos del proyecto de presupuesto sin la aprobación escrita del Ministro de Hacienda.¹¹² Asimismo, el Ejecutivo cuenta con herramientas que le facilitan el

¹⁰⁹ La sentencia C-478 de 1992 examinó la constitucionalidad del artículo 94 de la Ley 38 de 1989. En esta sentencia, tras un largo examen de los principios constitucionales, la Corte Constitucional determinó que los preceptos de la Ley 38 de 1989 no contradicen el nuevo régimen constitucional. Otras sentencias que se pueden consultar al respecto son la C-546 de 1992 y C-023 de 1996.

¹¹⁰ La derogatoria tácita se genera cuando se expide una nueva norma y ésta es contraria a la norma anterior, de tal manera que la aplicación de la nueva norma y de la anterior de manera simultánea es incompatible. En ese caso, si al mismo de expedirse la nueva regla ésta no deroga de manera expresa la anterior, se genera la derogatoria tácita, dejando ésta última sin efecto. Artículo 71 del Código Civil: "La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La Derogación de una ley puede ser total o parcial." Artículo 72 del Código Civil: "La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley".

¹¹¹ "Sin embargo, se ha podido mostrar un gran proceso después de un período de diez años de construcción institucional que principió el segundo semestre de 1984 y culminó con esta ley de presupuesto de 1994. Los procedimientos presupuestales desarrollados en Colombia han facultado al Ejecutivo para ejercer un mayor control sobre los resultados fiscales. Centrar la responsabilidad en el gobierno quitándosela al Congreso cuando es posible, no asegura un buen manejo fiscal pero incrementa la probabilidad de una administración fiscal cuidadosa y permite, por lo menos, focalizar la responsabilidad en el Ministerio de Hacienda". (Hommes, 1998, P. 107).

El mismo autor más adelante sostiene: "Con las normas presupuestales que existen ahora y dada la autoridad del gobierno central en asuntos presupuestales, acompañada por la independencia del Banco Central, no es posible que un Ministro de Hacienda de nuestros días – como lo han hecho otros en el pasado- culpe al Congreso, al poder judicial, al sistema descentralizado de gobierno y a la Constitución o a la repartición de ingresos entre regiones, por la expansión del gasto público o por el resultado fiscal de un año determinado. Al contrario, la opinión pública puede señalar al gobierno como completo responsable de los resultados fiscales, porque se han puesto a su disposición las herramientas necesarias para un buen manejo fiscal" (P. 114).

¹¹² El artículo 351 de la Constitución establece que para poder aumentar cualquier partida de gasto de las propuestas por el Gobierno o incluir una nueva, el Congreso deberá contar con autorización

manejo del gasto ya sea por medio del control del flujo de caja¹¹³ a través del plan financiero,¹¹⁴ o bien mediante los recortes autorizados en los casos en que sus ingresos presenten una caída con respecto a las proyecciones realizadas.¹¹⁵

No obstante, en el nuevo arreglo institucional¹¹⁶, el Ministro de Hacienda pierde la potestad para decretar apropiaciones y para determinar la capacidad de éstas para constituirse en autorizaciones de gasto.

En primer lugar, la Ley 38 de 1989, con el propósito de cumplir objetivos como “a) simplificar el trámite presupuestal; b) darle mayor flexibilidad y responsabilidad a las entidades en su manejo presupuestal; c) garantizar un flujo suficiente de recursos para que los organismos y entidades cubran oportunamente sus compromisos y obligaciones presupuestales; d) asignar mayores responsabilidades a los ordenadores y cuentadantes en el cumplimiento de la función pagadora”¹¹⁷, eliminó los Acuerdos de Obligaciones y de Gasto. Así, la ley anual del presupuesto dejó de ser una aprobación formal que impartía el Congreso y se constituyó en una autorización de gasto con efecto inmediato.¹¹⁸

En segundo lugar, la Constitución de 1991 suprimió la potestad del Gobierno para decretar gasto en situaciones distintas a las de los estados de excepción. En este sentido, la Constitución de 1991, en su artículo 345, establece que no podrá haber ingreso ni gasto que no se halle incluido en el presupuesto. Su inciso segundo dispone, además, que no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso.¹¹⁹

Estos cambios redujeron de manera sustancial el control del Ministro de Hacienda sobre el presupuesto. Lo anterior por cuanto, de un lado, elevaron los costos de transacción de la aprobación del proyecto de presupuesto en el Congreso, y de otro, condujeron a que el Ministro de Hacienda perdiera control sobre la ejecución del gasto en el corto plazo.

por escrito del ministro del ramo. De otro lado, el artículo 49 indica que el Congreso sólo puede aumentar los cómputos de rentas, recursos de crédito o los provenientes del Tesoro cuando cuente con el concepto previo y favorable del ministro del ramo.

¹¹³ Artículo 73 del Decreto 111 de 1996.

¹¹⁴ Artículo 7 del Decreto 111 de 1996.

¹¹⁵ Artículo 76 del Decreto 111 de 1996.

¹¹⁶ Ver la referencia a estudios comparativos en Alesina, Hausmann, Hommes y Satín, 1999. En este documento los autores afirman que las instituciones presupuestales colombianas propenden hacia buenos resultados fiscales.

¹¹⁷ Exposición de motivos al nuevo proyecto de Nuevo Estatuto Orgánico del Presupuesto.

¹¹⁸ “Hubo un cambio central entre la Ley (sic) 294 y la Ley 38 que consiste en que inicialmente la apropiación era una intención de gasto pero no era un gasto en sí mismo. Al quitar los acuerdos de gasto, el Congreso aprueba la Ley de Presupuesto e inmediatamente existe un gasto implícito que se va a ejecutar de cualquier manera” (Valenzuela, “La importancia de la restricción presupuestal y de la definición de gasto social en la reforma al Estatuto Orgánico del Presupuesto, Debates Económicos de Fedesarrollo”, 2004, p. 25).

¹¹⁹ Artículo 345 de la Constitución Nacional.

En relación con los costos de transacción, en el anterior ordenamiento, mientras el Gobierno tenía la capacidad de decretar apropiaciones y de autorizar su ejecución, las discusiones en el Congreso, en materia presupuestal, no revestían mayor relevancia. Adicionalmente, el Gobierno estaba en capacidad de imponer sus prioridades de gasto a un costo relativo menor, ya fuera mediante la adición de nuevas apropiaciones o por medio de las autorizaciones que otorgaba para la ejecución de las apropiaciones incluidas desde un principio en la ley de presupuesto. Es así como el tránsito del presupuesto en el Congreso era poco más que una formalidad.

Ahora el Gobierno está obligado a presentarle al Congreso, desde un principio y de manera completa, sus pretensiones de gasto. Ello le otorga al órgano legislativo una mayor capacidad de influir sobre las decisiones de gasto. A ello se suma el hecho de que, con la Constitución de 1991, el legislativo recuperó la iniciativa para expedir normas que creen gasto, la cual había sido eliminada en la reforma constitucional de 1968.¹²⁰ Si bien estas últimas normas no tienen, en sí mismas, la aptitud jurídica para modificar directamente la ley de apropiaciones o el Plan Nacional de Desarrollo, ni pueden ordenarle perentoriamente al Gobierno que realice los traslados presupuestales pertinentes,¹²¹ en este nuevo contexto en el que el poder legislativo cuenta, en la práctica, con mayores derechos de decisión, ellas pueden constituirse en mecanismos idóneos para crear gasto.

Por otra parte, la pérdida de control sobre la ejecución del gasto en el corto plazo por parte del Ministro de Hacienda se debió a la eliminación de los Acuerdos de Obligaciones y Gastos. Éstos eran un mecanismo mediante el cual el Ejecutivo, en cabeza del Ministro de Hacienda, elaboraba el presupuesto cada cuatro meses. Además, a pesar de que existía una ley de la República que aprobaba el Congreso y que cumplía con todos los requisitos procedimentales, era el Ministro quien tenía la facultad, y la ejercía, de autorizar el inicio de la contratación mediante estos acuerdos. Es así como el Ministro decidía cada cuatro meses qué se podía comprometer, y, cada mes, qué se podía pagar (Fernández). A partir de

¹²⁰ La Constitución de 1991, en su artículo 154, le devuelve dicha potestad al Congreso justificada en la importancia de establecer herramientas para que el mismo participe de alguna manera en la elaboración del presupuesto y exprese las necesidades que considera prioritarias. Sobre este punto se manifestó el Constituyente en los siguientes términos: "Pensamos que es necesario devolver al Congreso la iniciativa en materia de gastos, que no puede confundirse con la iniciativa o capacidad de modificar las partidas propuestas por el Gobierno en el proyecto de presupuesto. Son dos figuras radicalmente distintas" (Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 67, 4 de mayo de 1991, p. 5).

¹²¹ El alcance que la Carta Política otorga a esta potestad está definido por la Corte Constitucional en su Sentencia C-343 de 1995, en la que sostiene que "(...) la iniciativa parlamentaria para presentar proyectos de ley que decreten gasto público, no conlleva la modificación o adición del presupuesto general de la Nación. Simplemente esas leyes servirán de título para que posteriormente, a iniciativa del Gobierno, se incluyan en la ley anual del presupuesto las partidas necesarias para atender esos gastos (...)".

la eliminación de los Acuerdos de Gastos y Obligaciones los mecanismos de control del presupuesto de corto plazo se concentraron en el manejo de caja.

3.1.3 Introducción de Reglas Numéricas sólo para los Gobiernos Territoriales, No Para el Gobierno Nacional

La institucionalidad presupuestal colombiana ha estado compuesta, en lo fundamental, al menos desde la Constitución de 1886, por reglas de tipo procedimental. Como se ha analizado, dichas reglas tienen una clara orientación jerárquica. El Decreto 111 de 1996 no representó un cambio en ese sentido. La institucionalidad recogida allí no comprende reglas numéricas -v.gr. reglas explícitas en términos del logro de metas fiscales.¹²²

Sólo en su evolución más reciente, la institucionalidad fiscal ha incorporado reglas de este tipo. Sin embargo, ellas tienen efecto para los entes territoriales, pero no para el Gobierno central. Este es el caso de las leyes 358 de 1997, 795 de 2002, 617 de 2000 y 819 de 2003.

La Ley 358 de 1997, “Por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento”, modificada por la Ley 795 de 2003, “Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”, desarrolla el artículo 364 de la Constitución que indica que el endeudamiento interno y externo de la Nación y de las entidades territoriales no puede exceder su capacidad de pago. Esta ley tiene como objetivo imponer límites al gasto y al endeudamiento de las entidades

¹²² El artículo 9 de la Ley 225 constituye una excepción. Dicho artículo establece lo siguiente: “En cada vigencia, el gobierno reducirá el presupuesto de gastos de funcionamiento cuando las reservas constituidas para ellos, superen el 2% del presupuesto del año inmediatamente anterior. Igual operación realizará sobre las apropiaciones de inversión, cuando las reservas para tal fin excedan el 15 % del presupuesto de inversión del año anterior. Al determinar el valor de las reservas de gastos de funcionamiento y del presupuesto del año inmediatamente anterior para estos gastos, se excluirán el situado fiscal, la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, las participaciones giradas a los resguardos indígenas que para este efecto sean considerados como municipios y la participación de las antiguas intendencias y comisarías en el impuesto a las ventas.

Parágrafo transitorio. El Gobierno Nacional, reducirá el presupuesto de los próximos 4 años así:

1. Para el año de 1996, la reducción será equivalente al 40% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto de 1995 que exceda el 2% de las apropiaciones de funcionamiento y el 15% de las de inversión del presupuesto de dicho año.

2. Para el año de 1997, la reducción será equivalente al 60% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto de 1996 que exceda los porcentajes indicados del presupuesto de dicho año.

3. Para el año de 1998, la reducción será equivalente al 80% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto de 1997 que exceda los porcentajes indicados del presupuesto de dicho año.

4. Para el año de 1999, la reducción será equivalente al 100% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto de 1998 que exceda los porcentajes indicados del presupuesto de dicho año.”

territoriales. Entre los límites numéricos introducidos se encuentran los siguientes: i) se presume que las entidades carecen de capacidad de pago cuando, al momento de celebrar una nueva operación de crédito, los intereses de la deuda superen el 40% del ahorro operacional¹²³; ii) cuando la relación intereses/ahorro esté por encima de 40%, las entidades territoriales deberán adoptar planes de ajuste fiscal que estarán en vigor hasta tanto dicha relación esté por debajo de ese límite; iii) ninguna entidad territorial puede, sin autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, realizar nuevas operaciones de crédito cuando su relación intereses/ahorro operacional supere el 60% o su relación saldo deuda/ingresos corrientes supere el 80%.

Por su parte, el objetivo central de la Ley 617 de 2000, “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”, fue el de establecer criterios y mecanismos para inducir un ajuste fiscal de fondo en las entidades descentralizadas, por medio de la fijación de límites al gasto de funcionamiento en proporción a los ingresos corrientes de libre destinación. Es así que esta ley estableció que los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación.¹²⁴ Para el efecto y con base en el artículo 320 de la Constitución¹²⁵, clasificó los distritos y municipios con el fin de determinar el régimen aplicable a ellos en materia de gasto público y, en particular, para fijar i) el porcentaje máximo de sus ingresos corrientes de libre destinación¹²⁶; ii) el límite máximo salarial de sus servidores; iii) el monto máximo de los honorarios que se pueden pagar a los concejales por su asistencia a sesiones ordinarias o extraordinarias¹²⁷; iv) los eventos en los que los municipios pueden crear y organizar sus propias contralorías¹²⁸, y v) el régimen de sesiones de los concejos.¹²⁹ Esta norma dispone, además, que cuando la entidad territorial sobrepase dichos límites, se entiende que su viabilidad financiera está

¹²³ Artículo 2 de la Ley 358 de 1997: “Se presume que existe capacidad de pago cuando los intereses de la deuda al momento de celebrar una nueva operación de crédito, no superan en el cuarenta por ciento (40%) del ahorro operacional. La entidad territorial que registre niveles de endeudamiento inferiores o iguales al límite señalado, en este artículo, no requerirá autorizaciones de endeudamiento distintas a las dispuestas en las leyes vigentes.”

¹²⁴ Artículo 3 de la Ley 617 de 2000: “Los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación, de tal manera que estos sean suficientes para atender sus obligaciones corrientes, provisionar el pasivo prestacional y pensional; y financiar, al menos parcialmente, la inversión pública autónoma de las mismas.”

¹²⁵ “La ley podrá establecer categorías de municipios de acuerdo con su población, recursos fiscales, importancia económica y situación geográfica, y señalar distinto régimen para su organización, gobierno y administración”.

¹²⁶ Artículo 7º de la Ley 136, y los artículos 3º, 6º, 7º 10º y 11º de la Ley 617 de 2000.

¹²⁷ Artículo 20 de la Ley 617 de 2000.

¹²⁸ Artículo 21 de la Ley 617 de 2000.

¹²⁹ Artículo 23 de la Ley 136

comprometida y, por lo tanto, está obligada a iniciar un programa de saneamiento fiscal con metas de desempeño que permitan ser evaluadas.

Por último, la Ley 819 de 2003, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, introdujo precisiones sobre el alcance de la Ley 358 de 1997 y definió nuevos límites al endeudamiento de las entidades territoriales.¹³⁰

En lo que respecta a la ausencia de reglas numéricas aplicables al Gobierno Nacional, la Ley 819 de 2003, en su artículo 2,¹³¹ obliga al mismo a presentar a las Comisiones Económicas del Senado y de la Cámara de Representantes un Marco Fiscal de Mediano Plazo para el Sector Público no Financiero que, en lo relacionado con el déficit primario de ese agregado, debe incluir la meta para la vigencia en curso y metas indicativas para las diez vigencias fiscales siguientes. Sin embargo, tales metas no vinculan de manera clara al Gobierno, lo que les resta naturaleza numérica a las reglas contenidas en dicha ley.

Aunque el artículo 26 dispone que el incumplimiento de estas metas genera responsabilidad disciplinaria, en la práctica estos mandatos presentan dificultades importantes para fijar límites efectivos a la acción de quienes toman decisiones en materia fiscal. La primera dificultad está relacionada con el hecho de que la ley no establece ninguna definición de “sostenibilidad de la deuda” aplicable al sector público consolidado y a las entidades territoriales. De otra parte, el Gobierno Nacional no tiene la obligación de elaborar su Marco Fiscal de Mediano Plazo, ni

¹³⁰ Esta ley además dispuso i) que para que las entidades territoriales más grandes puedan realizar nuevas operaciones de crédito deben presentar una evaluación elaborada por una calificadoradora de riesgo; ii) que dichas entidades deben colocar sus excedentes de liquidez en depósitos financieros de mínimo riesgo vigilados por la Superintendencia Bancaria o en Institutos de Fomento y Desarrollo, y iii) que las entidades financieras que deseen otorgar créditos a estos entes deben exigirles el cumplimiento de la Ley 617 de 2001. Además, esta ley restringió la posibilidad de las entidades territoriales de acudir a créditos de tesorería y ordenó a los gobernadores y alcaldes presentar anualmente a la respectiva asamblea o concejo, un documento de marco fiscal de mediano plazo con carácter informativo, pero con el que deben concordar los presupuestos anuales.

¹³¹ Artículo 2º de la Ley 819 de 2003. “SUPERÁVIT PRIMARIO Y SOSTENIBILIDAD. Cada año el Gobierno Nacional determinará para la vigencia fiscal siguiente una meta de superávit primario para el sector público no financiero consistente con el programa macroeconómico, y metas indicativas para los superávit primarios de las diez (10) vigencias fiscales siguientes. Todo ello con el fin de garantizar la sostenibilidad de la deuda y el crecimiento económico. Dicha meta será aprobada por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, previo concepto del Consejo Superior de Política Fiscal, Confis.

Las metas de superávit primario ajustadas por el ciclo económico, en promedio, no podrán ser inferiores al superávit primario estructural que garantiza la sostenibilidad de la deuda.”

El parágrafo del artículo 2 de la Ley 819 establece: “Se entiende por superávit primario aquel valor positivo que resulta de la diferencia entre la suma de los ingresos corrientes y los recursos de capital, diferentes a desembolsos de crédito, privatizaciones, capitalizaciones, utilidades del Banco de la República (para el caso de la Nación), y la suma de los gastos de funcionamiento, inversión y gastos de operación comercial”.

de establecer metas fiscales para sí mismo. La ley 819 de 2003 tampoco contempla mecanismos de seguimiento y control de las metas incluidas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo por parte de un agente externo. Por consiguiente, las consecuencias de tal incumplimiento se limitan a la obligación del Gobierno de presentar al Congreso una explicación sobre las desviaciones observadas y un ajuste de las metas que garantice la sostenibilidad de la deuda pública, como indica el literal d) del artículo primero de la ley bajo estudio.

Las leyes que establecen límites han cumplido su propósito. Las cifras de endeudamiento de dichas entidades muestran una disminución en el valor del tamaño de la deuda respecto del PIB. En efecto, en 1995, la deuda de las entidades territoriales representaba el 6.7% del PIB. Para diciembre de 2005, el rubro de endeudamiento territorial era equivalente al 2.63% del PIB.

3.2 1991: Pérdida de Derechos de Decisión Sobre sus Rentas por Parte del Gobierno Central

Los cambios al régimen de transferencias de la Nación a las entidades territoriales que trajo consigo la Constitución de 1991 le significaron al Gobierno la pérdida de derechos de decisión sobre sus rentas. El nuevo orden constitucional no sólo aumentó la base sobre la cual se hacía el cálculo de las transferencias, sino que también limitó de manera significativa la capacidad del Gobierno central para afectarla.

En la medida en que la base sobre la cual se liquidaba el situado fiscal -los ingresos ordinarios- excluía las rentas con destinación específica, la creación de éstas constituía para el Gobierno central un mecanismo para redistribuir, a su favor, los derechos de decisión sobre sus ingresos. Con el ánimo de frenar esta práctica y de darle una base cierta a las transferencias, la Constitución de 1991 amplió la base para el cálculo del situado fiscal, de ingresos ordinarios a ingresos corrientes, e hizo extensiva esta base a la participación de los municipios en rentas nacionales. Además, con algunas excepciones, prohibió la creación de rentas nacionales con destinación específica.

3.2.1 Antes de 1991: Capacidad del Gobierno Central para reducir la Base de Liquidación mediante Rentas de Destinación Específica

Antes de la expedición de la Constitución de 1991, las entidades territoriales participaban en los ingresos de la Nación a través de dos mecanismos. El primero era el situado fiscal, que representaba un porcentaje de lo que se denominó ingresos ordinarios y que estaba destinado a financiar los servicios de salud y educación de los departamentos, intendencias, comisarías y el Distrito Especial de Bogotá. El segundo consistía en la cesión de un porcentaje del recaudo del impuesto sobre las ventas que el Gobierno hacía a los municipios, para atender, entre otros, gastos de educación y de previsión social.

Estas figuras se remontaban a 1968. La primera –el situado fiscal- fue definida por el artículo 53 de la reforma constitucional de este año como un porcentaje de los ingresos ordinarios de la Nación que debía ser transferido a los departamentos, intendencias, comisarías y el Distrito Especial de Bogotá para financiar parte de sus servicios y los de sus municipios.¹³² Los ingresos ordinarios, por su parte,

¹³² “Artículo 53: El artículo 182 de la Constitución Nacional quedará así:

Los Departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución, y ejercerán sobre los Municipios la tutela administrativa necesaria para planificar y coordinar el desarrollo regional y local y la prestación de servicios, en los términos que las leyes señalen.

Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, determinará los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y costos de los mismos, y señalará el porcentaje de los Ingresos Ordinarios de la Nación que deba

según el artículo 10° del Decreto Ley 294 de 1973 –Estatuto Orgánico del Presupuesto- representaban la diferencia entre el total de los ingresos corrientes y las rentas con destinación específica.¹³³ El Acto Legislativo 01 de 1968 delegó a la ley la definición de los porcentajes de dicha participación, así como la del destino que estas entidades territoriales debían dar a esos recursos.

En el mismo año, con la Ley 33, se previó la cesión de un porcentaje del recaudo del impuesto sobre las ventas a los municipios. Dicha ley estableció que tales recursos serían de libre destinación; sin embargo, durante la década de los 70 perdieron ese carácter. Así por ejemplo, el artículo 10 de la Ley 22 de 1973 ordenó que parte de estos recursos se destinaran a financiar las cajas de previsión seccionales.¹³⁴ Por su parte, el artículo 8 de la Ley 43 de 1975 dispuso que un porcentaje de esa participación debía ser destinado al pago de gastos relacionados con la prestación del servicio de educación.¹³⁵

La Ley 46 de 1971 fijó el monto del situado fiscal en 13% de los ingresos ordinarios de la Nación para 1973, en 14% para 1974 y en 15% de 1975 en adelante. Además, dispuso que el Gobierno, a través de los proyectos de ley anual de presupuesto, podría incrementar este último porcentaje cuando los ingresos

ser distribuido entre los Departamentos, las Intendencias y Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá, para la atención de sus servicios y los de sus respectivos Municipios, conforme a los planes y programas que se establezcan.

El treinta por ciento de esta asignación se distribuirá por partes iguales entre los Departamentos, Intendencias y Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá, y el resto proporcionalmente a su población.”

¹³³ Posteriormente, el párrafo 1° del artículo 20 de la Ley 38 de 1989 adoptó la siguiente definición:

“Párrafo 1°: Constituyen ingresos ordinarios de la Nación aquellos ingresos corrientes no destinados por norma legal alguna a fines u objetivos específicos.”

Por su parte, el mismo artículo definía los ingresos corrientes de la siguiente manera: “Los ingresos corrientes se clasifican en tributarios y no tributarios. Los ingresos tributarios se subclasifican en impuestos directos e indirectos, y los ingresos no tributarios comprenderán las tasas, las multas, las rentas contractuales y las transferencias del sector descentralizado a la Nación.”

¹³⁴ “Artículo 10. Los giros que haga la Nación, inclusive los pendientes de pago correspondientes a 1973, por participación de impuestos a las ventas, se efectuaran de la siguiente forma: el 26.4% a los Departamentos con destino a las Cajas de Previsión Seccionales o a los Presupuestos de estos cuando atienden directamente el pago de las prestaciones, y el 73% se girará directamente a los Municipios.”

¹³⁵ “Artículo 8°. Para atender los gastos de funcionamiento (personal) a que se hace referencia, como a la construcción, terminación, reparación y dotación, programaciones educativas y demás aspectos similares, de los planteles relacionados en esta Ley, redistribúyase la participación en el impuesto a las ventas de que tratan las Leyes 33 de 1968, 46 de 1971 y 22 de 1973, a partir del 1° de octubre de 1975 y hasta el 31 de diciembre de 1980, en la siguiente forma:

El 4.92% para los citados gastos de educación, que la Nación girará directamente al Ministerio de Educación:

El 3% para los departamentos, con destino a las Cajas de Previsión Seccionales o para los presupuestos de éstos cuando atiendan directamente el pago de las prestaciones;

El 22.08% para los municipios, que será girado por la Nación directamente a ellos, por mensualidades.”

corrientes de la Nación aumentaran en más de un 15% anual con relación al promedio de los últimos tres años, en un máximo de 2% y sin exceder el 25% de los ingresos ordinarios.¹³⁶ Por último, precisó que los recursos del situado fiscal se destinarían a la prestación de los servicios de salud y educación –en este último caso sólo para pagar gastos de funcionamiento (artículo 5).

Con todo y que estos cambios normativos suponían traslados de recursos y funciones a las entidades territoriales, el Gobierno creó nuevas entidades descentralizadas encargadas de la administración del gasto nacional en materia de salud y educación en los municipios y departamentos -los Fondos Educativos Regionales y los Servicios Seccionales de Salud- hacia las cuales se recanalizaron los recursos del situado fiscal (Iregui, Ramos y Saavedra, p. 4). Esto se debió, entre otras razones, a la nacionalización del servicio de educación que fue ordenada por la Ley 43 de 1975.¹³⁷

Relacionado con esto, la misión de “Finanzas Intergubernamentales” de 1981 señaló que el alto déficit fiscal alcanzado en 1979 se debía a lo que en el momento se denominó “laberinto fiscal”. Este término hacía referencia a la existencia de múltiples leyes que asignaban los recursos del Gobierno central a gastos específicos, lo que generaba distorsiones en la elaboración del presupuesto. La misión resaltó que ese fenómeno llevaba a que, en ocasiones, una actividad no contara con financiación suficiente, debido a disminuciones en el recaudo del ingreso al que se encontraba atada, o por el contrario, a que estuviera sobrefinanciada (Clavijo, “Impuestos, gasto público y ‘fiscalizadores creíbles’: breve historia de las comisiones de finanzas públicas en Colombia”, 1998, p. 23).

¹³⁶ “Artículo 1º: (...) El gobierno, a través de los proyectos de ley de presupuesto, procurará incrementar el porcentaje señalado en el inciso primero en cada una de las vigencias posteriores a 1975, si los ingresos corrientes de la Nación aumentaren en más de un quince por ciento (15%) anual, con relación al promedio de los tres años anteriores, hasta un máximo de dos por ciento (2%) en cada vigencia, y sin que el Situado Fiscal sobrepase nunca el veinticinco por ciento (25%) de dichos ingresos ordinarios.”

¹³⁷ “Artículo 3. A partir del 1 de enero y hasta el 31 de diciembre de 1976, la Nación pagará el veinte por ciento (20%) de los gastos de funcionamiento (personal) de la educación a que se refiere el artículo primero, conforme a los presupuestos respectivos del año de 1975, y así sucesivamente en cada vigencia subsiguiente, aumentará en un veinte por ciento (20%) su aporte a dichos gastos, hasta llegar a absorber el ciento por ciento (100%) de los mismos en 1980 (de 1976 a 1980).”

Por su parte, el artículo primero señalaba:

Artículo 1. La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente ley.”

Por último, en relación con los Fondos Educativos Regionales, la norma dispuso:

“Artículo 6. Los recursos de los que tratan los artículos anteriores serán administrados por los Fondos Educativos Regionales, con sujeción a los planes que establezca el Ministerio de Educación Nacional.”

En la medida en que la base sobre la cual se liquidaba el situado fiscal -los ingresos ordinarios- excluía las rentas con destinación específica, la creación de éstas constituía para el Gobierno central un mecanismo para redistribuir, a su favor, los derechos de decisión sobre sus ingresos. Como se muestra más adelante, el ánimo de proteger las finanzas de las entidades territoriales condujo a que en la Constitución de 1991 se prohibiera esa figura y a que el cálculo de las transferencias se basara en la totalidad de ingresos corrientes de la Nación.

La Ley 14 de 1983 amplió la cesión del impuesto sobre las ventas a los municipios. Esta norma buscó, además, aumentar el nivel de recaudo de las entidades territoriales a partir de la simplificación de sus sistemas impositivos (Iregui, Ramos y Saavedra, p. 4).

La Ley 55 de 1985 trató de combatir la práctica de creación de rentas con destinación específica. Para tal efecto, dispuso que las entidades descentralizadas beneficiarias de este tipo de rentas reasignaran parte de sus recursos dentro de sus presupuestos para el desarrollo de actividades complementarias o afines.¹³⁸

Por su parte, la ley 12 de 1986 ordenó, de un lado, la ampliación progresiva de la participación de los municipios en el impuesto sobre las ventas, del 30% hasta llegar al 50% en 1992¹³⁹, para la atención de gastos de funcionamiento e inversión; y, de otro, el trasladó nuevas funciones de la Nación a los municipios. Estas medidas fueron acompañadas de un aumento de las tarifas del impuesto referido, lo que contribuyó a que los niveles de participación de los municipios en el recaudo se incrementaran.

Estas políticas de fortalecimiento de los entes territoriales incluyeron también, por una parte, el Acto Legislativo 01 de 1986, por medio del cual se implementó la elección popular de alcaldes con el fin de ampliar las posibilidades de participación ciudadana y hacer más eficientes las administraciones locales; y por otra,

¹³⁸ "ARTICULO 1o. Con base en la propuesta que elabore el Departamento nacional de Planeación, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, determinará que los organismos y entidades titulares de las rentas de destinación especial, reasignen recursos dentro de su presupuesto a las actividades complementarias o afines que en cada caso se indican, conforme a la siguiente regla: hasta el 10% en 1985; hasta el 20% en 1986, hasta el 30% en 1987, hasta el 40% en 1988 y hasta el 50% en 1989 y años siguientes.

En el caso del impuesto al valor CIF de las importaciones destinado al Fondo de Promoción de Exportaciones, PROEXPO, la porción reasignable en 1985 será hasta del 50% año a partir del cual se incrementará conforme a la regla general."

¹³⁹ "ARTÍCULO 1°.- A partir del 1° de julio de la vigencia fiscal de 1986, la participación en la cesión del Impuesto a las Ventas de que tratan las Leyes 33 de 1968, 46 de 1971, 22 de 1973 y 43 de 1975 y el Decreto 232 de 1983, se incrementará progresivamente hasta representar el 50% del producto del Impuesto. Este incremento se cumplirá en los siguientes porcentajes: A partir del 1° de junio de 1986, el 30.5% del producto anual del Impuesto a las Ventas; en 1991, el 45.0%; en 1992 y, en adelante, el 50% del producto anual del Impuesto a las Ventas."

reformas a los principales tributos municipales para elevar su recaudo -Ley 14 de 1983-¹⁴⁰.

3.2.2 Constitución de 1991: Cambio de Base Liquidación y Restricciones a su Modificación

El texto de la nueva Carta Política introdujo reformas significativas en el régimen de las transferencias a las entidades territoriales que condujeron a un aumento significativo del monto de estas erogaciones. En primer lugar, la Constitución de 1991 cambió la base para el cálculo de las transferencias de ingresos ordinarios a ingresos corrientes de la Nación, con el fin de proteger las finanzas de las entidades territoriales. En segundo lugar, complementó ese propósito con la prohibición, con algunas excepciones, de la creación de rentas nacionales con destinación específica. Por último, definió el destino de las transferencias, a diferencia del texto constitucional anterior en el que tal definición correspondía al legislador.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1886 reformada por el Acto Legislativo 01 de 1968, el situado fiscal destinado a los departamentos, distritos, intendencias y comisarías era liquidado sobre los ingresos ordinarios de la Nación, los cuales estaban definidos como la diferencia entre ingresos corrientes y las rentas con destinación específica. Esta definición permitió que mediante la creación de rentas con destinación específica, se extrajeran recursos de la base de liquidación del situado fiscal, recursos que de otra manera debían regirse por el principio de unidad de caja. Por su parte, los municipios eran destinatarios de un porcentaje del recaudo del impuesto sobre las ventas.

La nueva Carta dispuso que tanto el situado fiscal, como la participación de los municipios en las rentas nacionales se liquidarían sobre los ingresos corrientes de la Nación (artículos 356 y 357 originales), los cuales fueron definidos en el artículo 358 como "(...) los constituidos por los ingresos tributarios y no tributarios con excepción de los recursos de capital".

Aunque indicar que estas transferencias se liquidarían sobre la base de los ingresos corrientes significaba por sí una restricción al empleo de la figura de las rentas con destinación específica, esta restricción fue complementada por el artículo 359 en el cual se prohibió expresamente la creación de las mismas, salvo en los casos de i) las participaciones previstas en la Constitución a favor de los departamentos, distritos y municipios; ii) las rentas destinadas a inversión

¹⁴⁰ Esta ley introdujo reformas al impuesto predial y a la regulación del catastro, al impuesto de industria y comercio, al impuesto de circulación y tránsito, al de timbre sobre vehículos automotores y a los impuestos sobre el consumo de gasolina, cigarrillos y licores.

social¹⁴¹, y iii) aquellas que, con base en leyes anteriores, la Nación asigne a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías.¹⁴²

Con estas normas el constituyente buscó fortalecer las finanzas de las entidades territoriales e impedir que mediante la creación de rentas nacionales con destinación específica se continuaran extrayendo recursos que, en principio, debían ingresar a la caja única.¹⁴³

Sin embargo, la definición de ingresos corrientes adoptada por la Constitución generó varios inconvenientes por su imprecisión.¹⁴⁴ En efecto, al clasificar los ingresos corrientes en tributarios y no tributarios terminó por incluir aquellos tributos que por su propia naturaleza cuentan con una destinación específica como las tasas y las contribuciones especiales.¹⁴⁵ Es decir, si se hubiera aplicado esta

¹⁴¹ A pesar de esta prohibición, Palacios Mejía asegura que por la amplitud del concepto de inversión social, es posible que por esta vía se eluda la aplicación del mandato constitucional. Por ello, indica que la Corte Constitucional, en sentencia C-317 de 1998¹⁴¹, exigió que para la creación de una renta con destinación específica para inversión social se probara que la necesidad que busca satisfacer no puede financiarse en forma adecuada a través de los procesos presupuestales ordinarios (1999, p. 132).

¹⁴² Las razones que llevaron a la Asamblea Nacional Constituyente a introducir esta prohibición se evidencian en el siguiente extracto: “[I]os ingresos ordinarios resultan de restar de los ingresos corrientes las rentas de destinación específica, las cuales han crecido gradualmente en los últimos años y esta situación ha implicado una drástica disminución de la base para liquidar el situado, lo que deteriora a su vez, los ingresos de las entidades territoriales con los cuales se financian los gastos de salud y educación.” Gaceta Constitucional No. 141, diciembre 19 de 1991. Actas de sesión plenaria. P. 19 Constancia presentada por Eduardo Verano V. y Yesid Sandoval B., que contiene las propuestas de la Comisión Segunda. Citada por la Corte Constitucional en la sentencia C-066 de 2003.

¹⁴³ La intención de la Asamblea Nacional Constituyente de brindar especial protección a las rentas de las entidades territoriales se evidencia también en las siguientes disposiciones: En el artículo 287, según el cual es un derecho de las entidades territoriales participar en las rentas nacionales. En el artículo 294, de acuerdo con el cual la ley no puede conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de las entidades territoriales, ni imponer recargos sobre sus impuestos. El artículo 356 en el que se indica que no se podrán descentralizar competencias sin la previa asignación de recursos para atenderlas. Con esta norma se pretende que no se asignen a las entidades territoriales funciones sin que cuenten con los recursos necesarios para cumplirlas. En el artículo 362, conforme al cual:

“Los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares.

Los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y en consecuencia la ley no podrá trasladarlos a la Nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior.”

¹⁴⁴ Esta imprecisión ha llevado a la Corte Constitucional a afirmar que la definición del concepto de ingresos corrientes fue delegada por el constituyente al legislador orgánico. Ver al respecto las sentencias C-892 de 2002 y C- 066 de 2003.

¹⁴⁵ El artículo 27 del Decreto 111 de 1996 define, por su parte, los ingresos corrientes de la siguiente manera:

“**ARTICULO 27.** Los ingresos corrientes se clasificarán en tributarios y no tributarios. Los ingresos tributarios se subclasificarán en impuestos directos e indirectos, y los ingresos no tributarios comprenderán las tasas y las multas”.

definición tal cual como está redactada en el artículo 338 constitucional, en la base de liquidación de las transferencias a las entidades territoriales habrían terminado incluidos recursos que en realidad la Nación no habría percibido.

Para resolver este inconveniente que generaba distorsión en el cálculo de las transferencias, el Gobierno optó por acudir a la figura de los fondos especiales en los cuales comenzó a depositar los recursos obtenidos con el recaudo de las contribuciones especiales. Los fondos especiales, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 111 de 1996, son “(...) ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador”, los cuales se contabilizan aparte de los ingresos corrientes y de los recursos de capital. De esta manera, el Gobierno logró mantener por fuera del cálculo de las base para la liquidación de las transferencias los recursos provenientes de las contribuciones especiales de orden nacional (Plazas Vega, p. 481-482).

En lo que respecta a las contribuciones parafiscales recaudadas por entidades que pertenecen al presupuesto nacional –especie de contribuciones especiales según un sector de la doctrina (Plazas Vega, p. 914)-, las leyes 179 de 1994 y 225 de 1995 las separaron como una categoría de ingresos autónoma y distinta a los ingresos corrientes, y dispusieron que serían incluidas en el presupuesto anual sólo con el fin de estimar su cuantía.¹⁴⁶

Por último, en el caso de las tasas no ha existido mayor inconveniente, ya que normalmente éstas son percibidas por establecimientos públicos como ingresos propios, de modo que no ingresan a la caja única (p. 497).¹⁴⁷

Si bien en esta definición las tasas no son consideradas ingresos tributarios en este artículo, en todo caso siguen incluidas dentro del concepto de ingresos corrientes, razón por la cual este artículo tampoco ofrecía una solución al problema.

¹⁴⁶ Las normas pertinentes de estas leyes fueron compiladas en el artículo 29 del Decreto 111 de 1996, cuyo texto es el siguiente:

“Art. 29.- Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la Ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la Ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración.”

¹⁴⁷ Según el artículo 34 del Decreto 111 de 1996, los ingresos propios de los establecimientos públicos del orden nacional son cuantificados dentro del presupuesto de rentas, pero no son considerados ingresos corrientes.

“Art. 34.- **INGRESOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS.** En el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital se identificarán y clasificarán por separado las rentas y recursos de los Establecimientos Públicos. Para estos efectos entiéndese por:

Rentas Propias: Todos los ingresos corrientes de los Establecimientos Públicos, excluidos los aportes y transferencias de la Nación.

El acudir a los mecanismos antes enunciados para separar los tributos vinculados del cálculo de los ingresos corrientes no significa una violación del derecho de las entidades territoriales a participar de estos últimos, toda vez que se trata de ingresos que –como ya se mencionó– por su propia naturaleza no pueden ingresar a la unidad de caja. Se trata de una situación distinta a la de las rentas con destinación específica a las que se acudía antes de la expedición de la Constitución de 1991, puesto que éstas por su naturaleza sí debían ingresar a la unidad de caja. Es por ello que la Corte Constitucional ha precisado que la prohibición de rentas con destinación específica se predica exclusivamente de los ingresos nacionales producto del recaudo de impuestos y no de los tributos vinculados como las tasas y las contribuciones especiales.¹⁴⁸

Sin embargo, después de 1991 el Gobierno también ha tratado de apartar otros recursos de la base de liquidación de las transferencias que en principio debe regirse por el principio de unidad de caja. Por ejemplo, en la ley anual de presupuesto para la vigencia 1995 -Ley 179 de 1994- clasificó los recursos provenientes de la concesión a los particulares de la prestación del servicio de telefonía celular –rentas contractuales- como recursos de capital. La Corte Constitucional, en sentencia C- 423 de 1995, declaró inexecutable esta disposición por estimar que si bien se trataba de rentas contractuales, el carácter habitual y continuo con el que iban a ser percibidas las convertía en ingresos corrientes. En este orden de ideas, concluyó que es la naturaleza de un ingreso y no su origen el que permite clasificarlo como ingreso corriente o recurso de capital. Más adelante, en la sentencia C-066 de 2003, la Corte precisó que la regularidad que define los ingresos corrientes resulta predicable tanto de la estabilidad en la percepción de los recursos como de su destinación a una canasta común con cargo a la cual se atienden los requerimientos rutinarios del Estado.¹⁴⁹ Esta definición de ingresos corrientes constituye una protección de las rentas de las entidades territoriales en

Recursos de Capital: Todos los recursos del crédito externo e interno con vencimiento mayor de un año, los recursos del balance, el diferencial cambiario, los rendimientos por operaciones financieras y las donaciones.”

¹⁴⁸ En la sentencia C-546 de 1994, la Corte enfatizó lo siguiente: “En anteriores ocasiones esta Corporación había señalado que una interpretación sistemática de la Constitución permite concluir que la prohibición de las rentas nacionales de destinación específica del artículo 359 se refiere exclusivamente a los ingresos nacionales de carácter tributario o impuestos nacionales”.

¹⁴⁹ La Corte concluyó entonces que las principales características de los ingresos corrientes son las que siguen:

1. Su titular es la Nación como persona jurídica. No pertenecen a la Nación en este sentido, no obstante que se trata de recursos públicos del orden nacional y que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, las rentas de los establecimientos públicos.
2. La regularidad en su percepción. Criterio que, aunque admite excepciones, permite excluir de los ingresos corrientes, aquellos ingresos que se perciben de manera ocasional o son inciertos.
3. Se trata de recursos disponibles de la Nación para la atención de sus gastos ordinarios, con sujeción al principio de unidad de caja. No puede hablarse de recursos corrientes cuando los mismos, por virtud de la ley y en armonía con la Constitución, están afectados a un fin determinado.” Ver también las sentencias C-308 de 1994 y C-892 de 2002.

tanto impide que por medio de la reclasificación de un ingreso, se extraigan recursos de la base de liquidación de las transferencias.

En lo relativo al destino de las transferencias del Gobierno a las entidades territoriales, el texto original de la Constitución de 1991 señalaba lo siguiente: El situado fiscal, según el artículo 356 superior desarrollado por la Ley 60 de 1993, reunía los recursos destinados a los departamentos y distritos para la financiación de gastos de salud y educación. Éstos se repartían de la siguiente manera: Un 15% por igual entre los departamentos y distritos, y el resto se distribuía según i) la proporción de usuarios actuales y porcentuales de estos servicios, ii) el esfuerzo fiscal ponderado, y iii) la eficacia administrativa de la respectiva entidad territorial. La figura del situado fiscal fue una herencia de la anterior Constitución y se mantuvo con características similares.¹⁵⁰

La participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación, por su parte, se repartía entre los mismos de la siguiente forma: el 60% de acuerdo con el nivel de necesidades básicas insatisfechas de la población y a la pobreza relativa del municipio, y el 40% restante según i) la población total de cada municipio, ii) la eficiencia fiscal y administrativa reportada, y iii) el progreso demostrado en la calidad de vida de sus habitantes. El texto original de la Carta delegaba a la ley la fijación del destino de esta participación.¹⁵¹

¹⁵⁰ El texto original del artículo 356 superior era el siguiente:

“Artículo 356.- Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales. Determinará a sí mismo, el situado fiscal, esto es, el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, distrito capital y distritos especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios que les asignen.

Los recursos del situado fiscal se destinarán a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que la ley señale, con especial atención de los niños. El situado fiscal aumentará anualmente hasta llegar a un porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que permita atender adecuadamente los servicios para los cuales está destinado. Con este fin, se incorporarán a él la retención del impuesto a las ventas, y todos los demás recursos que la Nación transfiere directamente para cubrir gastos en los citados niveles de educación.

La ley fijará los plazos para la cesión de estos ingresos y el traslado de las correspondientes obligaciones, establecerá las condiciones en que cada departamento asumirá la atención de los mencionados servicios y podrá autorizar a los municipios para prestarlos directamente en forma individual o asociada. No se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.

Un quince por ciento (15%) del situado fiscal se distribuirá por partes iguales entre los Departamentos, el Distrito Capital y los Distritos de Cartagena y Santa Marta. El resto se asignará en proporción al número de usuarios actuales y potenciales de los servicios mencionados, teniendo en cuenta, además, el esfuerzo fiscal ponderado y la eficiencia administrativa de la respectiva entidad territorial.”

¹⁵¹ El texto original del artículo 357 de la Carta era el siguiente:

“Artículo 357.- Los municipios participarán en los ingresos corrientes de la Nación. La ley, a iniciativa del Gobierno, determinará el porcentaje mínimo de esa participación y definirá las áreas prioritarias de inversión social que se financiarán con dichos recursos. Para los efectos de esta participación, la ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios.

La Carta inicialmente no definía el porcentaje de ingresos corrientes que debían distribuirse por concepto de situado fiscal ni de la participación de los municipios en los mismos, solamente indicaba, en el caso del primero, que aumentaría anualmente hasta llegar a un porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que permitiera atender adecuadamente los servicios para los cuales estaba destinado; y, en el caso de la segunda, que ella se incrementaría, año por año, de 14% en 1993, hasta mínimo 22% en 2002. En ambos casos se dejaba al legislador la tarea de definir como sería el aumento gradual hasta alcanzar tales metas.¹⁵²

Los artículos 356 y 357 de la Constitución fueron reformados en 1995 por el Congreso. En lo que interesa a efectos de este estudio, se destaca, en primer lugar, la autorización que otorgó el Congreso actuando como constituyente a los municipios de las categorías 4, 5 y 6 para que hasta el año 1999 pudieran destinar un 15% de su participación en los ingresos corrientes de la Nación de manera libre, y en segundo lugar, la adición que se hizo al artículo 357 superior con el fin de permitir la exclusión de la base de liquidación de esta participación de los impuestos nuevos cuando el Congreso así lo determinara y los adoptados para conjurar emergencias económicas. En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo se dejó constancia de que estas medidas debían adoptarse para hacer frente a la crisis financiera generada en varios municipios por distintos fallos de la Corte Constitucional en los que se prohibió destinar recursos de esta participación a gastos de funcionamiento (Lleras y Tangarife, Tomo III, p. 1322). La razón es que la rigidez que tanto la Constitución como las sentencias de la Corte Constitucional habían dado al destino de estos recursos, había enfrentado a los municipios a la paradoja de contar, por ejemplo, con recursos para equipamiento en salud y educación, pero no para pagar el personal necesario para prestar estos servicios, por cuanto estos gastos de personal eran considerados gastos de funcionamiento.

Esta reforma no fue suficiente para solucionar la crisis, así que en el 2001 los artículos constitucionales bajo estudio tuvieron que ser de nuevo reformados por el Acto Legislativo 01 del mismo año. Con esta reforma se creó un solo sistema para el reparto de las transferencias entre los departamentos, distritos y municipios, el cual fue denominado Sistema General de Participaciones.

Los recursos provenientes de esta participación serán distribuidos por la ley de conformidad con los siguientes criterios: sesenta por ciento en proporción directa al número de habitantes con necesidades básicas insatisfechas, y al nivel relativo de pobreza de la población del respectivo municipio; el resto en función de la población total, la eficiencia fiscal y administrativa y el progreso demostrado en calidad de vida asignando en forma exclusiva un porcentaje de esta parte a los municipios menores de 50.000 habitantes. La ley precisará el alcance, los criterios de distribución aquí previstos, y dispondrá que un porcentaje de estos ingresos se invierta en las zonas rurales. Cada cinco años la Ley a iniciativa del Congreso podrá revisar estos porcentajes de distribución.”

¹⁵² Estos porcentajes fueron fijados por la Ley 60 de 1993.

Entre las razones que fundamentaron el cambio sobresalen i) defectos en la relación objetivo-instrumento, pues, de acuerdo con el Gobierno, el esquema buscaba alcanzar muchas metas con muy pocos instrumentos; ii) defectos en las fórmulas de distribución de los recursos entre las entidades territoriales, en la medida en que la Ley 60 preveía primero una distribución territorial y luego un sistema de asignaciones forzosas y homogéneas que no garantizaban a las entidades recursos suficientes para atender los servicios a los que se destinaban las transferencias; iii) defectos en la asignación de competencias, puesto que la Ley 60 no definía con claridad el ámbito de competencias de cada autoridad; iv) la existencia de indebidas restricciones a la autonomía territorial, toda vez que el régimen anterior imponía estrictos límites a las entidades territoriales sobre el destino que debían darle a los recursos que recibían (Naranjo, Rincón y Sánchez, p. 53 y 54), y v) defectos en el criterio utilizado para la liquidación del situado fiscal y la participación de los municipios en los ingresos corrientes, esto se debía –según el Gobierno- a que cuando se presentaba un aumento de los ingresos corrientes automáticamente se generaba un incremento en el gasto –por aumento en las transferencias- que no siempre correspondía a las necesidades reales de las entidades territoriales (Exposición de motivos del proyecto de acto legislativo 012 de 2000).

Para resolver estos inconvenientes y en lo que atañe a este estudio, el Acto Legislativo 01 de 2001, en primer lugar, ató el monto de los recursos a distribuir entre las entidades territoriales a la inflación y al promedio de crecimiento de los ingresos corrientes de la Nación, es decir, en adelante las transferencias no representarían un porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación. Así, se dispuso que durante los años 2002 a 2008, mientras se ajusta el sistema, las transferencias¹⁵³ aumentarán anualmente en un porcentaje no superior a la tasa de inflación del año inmediatamente anterior más un porcentaje adicional que incrementaría en forma escalonada.¹⁵⁴ Del 2009 en adelante, aumentarán en un

¹⁵³ Como punto de partida para ajustar el sistema, el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2001 tomó la siguiente suma:

“Parágrafo transitorio 1°. El Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios tendrá como base inicial el monto de los recursos que la Nación transfería a las entidades territoriales antes de entrar en vigencia este acto legislativo, por concepto de situado fiscal, participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y las transferencias complementarias al situado fiscal para educación, que para el año 2001 se valoran en la suma de diez punto novecientos sesenta y dos (10.962) billones de pesos.

En el caso de educación, la base inicial contempla los costos por concepto de docentes y administrativos pagados con situado fiscal y el fondo de compensación educativa, docentes y otros gastos en educación financiados a nivel distrital y municipal con las participaciones en los ingresos corrientes de la nación, y los docentes, personal administrativo de los planteles educativos y directivos docentes departamentales y municipales pagados con recursos propios, todos ellos a 1° de noviembre del 2000. Esta incorporación será automática a partir del 1° de enero de 2002.”

¹⁵⁴ El artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2001 que reformó el artículo 357 de la Constitución dispuso al respecto lo que sigue:

“Parágrafo transitorio 2°. Durante los años comprendidos entre 2002 y 2008 el monto del Sistema General de Participaciones crecerá en un porcentaje igual al de la tasa de inflación causada, más

porcentaje igual al promedio de variación porcentual de los ingresos corrientes de la Nación de los cuatro años anteriores, incluido el del presupuesto en ejecución.¹⁵⁵

El Acto Legislativo también determinó que para el cálculo de los ingresos corrientes de la Nación deben excluirse los tributos establecidos y recaudados en estados de excepción, salvo que el Congreso les dé carácter permanente.¹⁵⁶

Aunque a partir de la reforma constitucional referida las transferencias del Gobierno hacia las entidades territoriales ya no constituyen un porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación, este concepto continúa siendo un referente para su liquidación, particularmente, una vez termine el periodo de transición.

En segundo lugar, a pesar de que el Acto Legislativo 01 de 2001 previó que los recursos del Sistema General de Participaciones deberían ser destinados por las entidades territoriales prioritariamente a financiar los servicios de salud y educación en los niveles de preescolar, primaria, secundaria y media, abrió la posibilidad de que con los mismos también pudieran financiarse otras inversiones sociales. Esta disposición se concretó en la partida de propósito general del Sistema General de Participaciones, con la cual los departamentos, municipios y distritos pueden financiar agua potable, saneamiento básico y otros gastos de inversión, así como gastos de funcionamiento, de conformidad con los artículos 3¹⁵⁷ y 78¹⁵⁸ de la Ley 715 de 2001. Esta partida comprende el 17% de los recursos a distribuir.

un crecimiento adicional que aumentará en forma escalonada así: Para los años 2002, 2003, 2004 y 2005 el incremento será de 2%; para los años 2006, 2007 y 2008 el incremento será de 2.5%.

Si durante el período de transición el crecimiento real de la economía (producto interno bruto) certificado por el DANE en el mes de mayo del año siguiente es superior al 4%, el crecimiento adicional del Sistema General de Participaciones de que trata el presente parágrafo se incrementará en una proporción equivalente al crecimiento que supere el 4%, previo descuento de los porcentajes que la Nación haya tenido que asumir, cuando el crecimiento real de la economía no haya sido suficiente para financiar el 2% adicional durante los años 2002, 2003, 2004 y 2005, y 2.5% adicional para los años 2006, 2007 y 2008.”

¹⁵⁵ En lo pertinente, el artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2001 indicó lo siguiente:

“Artículo 357. El monto del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios se incrementará anualmente en un porcentaje igual al promedio de la variación porcentual que hayan tenido los ingresos Corrientes de la Nación durante los cuatro (4) años anteriores, incluida la correspondiente al aforo del presupuesto en ejecución.”

¹⁵⁶ El inciso segundo del artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2001 dispone: **“Artículo 357:** (...) Para efectos del cálculo de la variación de los ingresos corrientes de la Nación a que se refiere el inciso anterior, estarán excluidos los tributos que se arbitren por medidas de estados de excepción, salvo que el Congreso, durante el año siguiente les otorgue el carácter permanente.”

¹⁵⁷ **“ARTÍCULO 3o. CONFORMACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES.** El Sistema General de Participaciones estará conformado así:

3.1. Una participación con destinación específica para el sector educativo, que se denominará participación para educación.

3.2. Una participación con destinación específica para el sector salud, que se denominará participación para salud.

3.3 Reducción de los Salarios Reales del Sector Público Como Mecanismo de Ajuste Fiscal

En el nuevo orden constitucional, la facultad para acudir a reducciones de los salarios reales de los servidores públicos como medida de ajuste fiscal, de la que el Gobierno hizo uso de manera amplia con la anuencia del Congreso y de la Corte Suprema de Justicia en la segunda mitad de los años ochenta, fue recortada por efecto de las sentencias que la Corte Constitucional ha emitido sobre esa materia. A pesar de que la posición de esta última se ha moderado desde el primer fallo relativo a ese respecto, en el que declaró improcedente cualquier disminución tanto individual como colectiva soportada en razones fiscales, al último fallo, en el que acepta que la reducción del déficit es un fin imperioso que puede justificar que tales disminuciones se apliquen en tanto guarden la debida proporcionalidad, la discrecionalidad del Gobierno es hoy menor a la que tenía antes de la nueva Constitución.

3.3.1 Años Ochenta: Capacidad para Reducir los Salarios Reales de los Servidores Públicos en la Década de los Ochenta

Antes de la expedición de la Constitución de 1991, la determinación del nivel de incremento de los salarios de los servidores públicos¹⁵⁹ correspondía al Congreso. Sin embargo, en la práctica esa definición la hacía el Gobierno, en la medida en que año tras año el Congreso le otorgaba facultades extraordinarias para el efecto (López Garavito, p. 427).

En general, el aumento de las escalas salariales del sector público atendía a la inflación reportada en el año anterior. Así se indicaba en las leyes que le otorgaban las facultades extraordinarias referidas al Presidente. Sin embargo, en la ley que otorgó facultades extraordinarias para fijar el incremento del periodo 1984-1985, el Ministro de Hacienda de aquel entonces logró que se introdujera una cláusula para que, además de la inflación del año anterior, se obligara al Gobierno a tener en cuenta la situación fiscal del país. Esto permitió que los incrementos salariales de los servidores públicos no aumentaran en la misma

3.3. Una participación de propósito general que incluye los recursos para agua potable y saneamiento básico, que se denominará participación para propósito general.”

¹⁵⁸ “Artículo 78. Destino de los recursos de la participación de propósito general. Los municipios clasificados en las categorías 4ª, 5ª y 6ª, podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un veintiocho por ciento (28%) de los recursos que perciban por la Participación de Propósito General.”

¹⁵⁹ Los servidores públicos se dividen en funcionarios públicos y trabajadores oficiales. Los primeros están ligados a la Administración por una relación legal y reglamentaria, de manera que su vinculación ocurre por nombramiento y las condiciones laborales son fijadas de manera general por ley o por reglamento. Por su parte, los trabajadores oficiales se vinculan a la Administración a través de un contrato de trabajo, lo que permite la negociación de las condiciones laborales.

proporción que la inflación. Por ejemplo, en 1985, el aumento salarial del sector público fue del 10% mientras la inflación del año anterior fue del 18.3% (López Garavito, p. 427).

Esta política fue avalada por la Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia del 3 de marzo de 1987¹⁶⁰, declaró la exequibilidad del Decreto Ley 108 de 1986, por medio del cual se había ordenado la congelación de los salarios de un grupo de altos funcionarios de las fuerzas armadas y el aumento escalonado de otros. La Corte consideró que la medida se ajustaba a la Constitución, toda vez que i) había sido ponderada; ii) tenía en cuenta las escalas y niveles salariales del grupo de servidores involucrados, el IPC, la disponibilidad de recursos fiscales y el aumento del gasto que una medida diferente traería, y iii) partía de las diferencias entre distintos niveles de empleo reconocidas en la Constitución.

3.3.2 Constitución de 1991 y Sentencias de la Corte Constitucional: Límites a la Reducción de Salarios como Mecanismo de Ajuste

La Constitución de 1991, por su parte, señaló que el incremento de los salarios de los servidores públicos sería definido cada año por el Gobierno con sujeción a la ley marco que el Congreso expidiera para regular la materia (artículo 150, numeral 19, literales e y f).¹⁶¹ En desarrollo de esta disposición, se expidió la Ley 4° de 1992 en la que se indicaron los criterios que debe seguir el Gobierno para fijar el régimen salarial de los servidores públicos. Entre ellos que se encuentran el respeto de los derechos adquiridos, la prohibición de desmejorar sus salarios y prestaciones sociales y la obligación de ajustar anualmente el sistema salarial (artículo 2°).

Frente a este último criterio, la Corte se pronunció en la sentencia C-710 de 1999. En este fallo sostuvo que el mandato de ajustar anualmente el salario de los servidores públicos contenido en la Ley 4° de 1992 no desborda las facultades que el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta confirió al Congreso para expedir la ley marco sobre el régimen salarial de los servidores públicos. Por el contrario, afirmó que se ajustaba a la Constitución en tanto busca "(...) resguardar a los trabajadores del negativo impacto que en sus ingresos laborales producen la pérdida del poder adquisitivo y el encarecimiento del costo de vida en una economía inflacionaria". Dicha sentencia precisó además que, aunque era

¹⁶⁰ M.P. Jesús Vallejo Mejía.

¹⁶¹ "Artículo 150.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.

f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales."

inconstitucional que la ley marco obligara al Gobierno a realizar el aumento de los salarios dentro de los diez primeros días del año –por desbordamiento de competencias, mas no porque dicha disposición fuera materialmente inconstitucional-, ello no significaba que aquél pudiera esperar hasta la finalización del año para dictar el respectivo decreto de ajuste, ni que este último no fuera retroactivo al primero de enero del respectivo año.¹⁶²

Posteriormente, en la sentencia C-1433 de 2000¹⁶³, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley 547 de 1999 –“por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre del 2000”-, bajo el argumento de que no contemplaba las apropiaciones necesarias para compensar, durante la vigencia fiscal del 2000, la pérdida de poder adquisitivo de los salarios de los servidores públicos. La Corporación resolvió declarar inexecutable el artículo 2 porque consideró que con él el legislador había violado el deber constitucional emanado de los artículos 53 y 150, numeral 19 literal e), de la Constitución, así como del artículo 4º de la Ley 4 de 1992, al haber dejado de prever lo necesario para ajustar el salario de todos los servidores públicos.¹⁶⁴ Al respecto, la Corte sostuvo que es un mandato constitucional mantener el poder adquisitivo del salario de los trabajadores con el fin de que éstos puedan satisfacer sus necesidades vitales y puedan asegurarse una vida digna.

En particular, en este fallo la Corte sostuvo i) que anualmente el Gobierno debe incrementar el salario de todos los servidores públicos en, por lo menos, un porcentaje equivalente al incremento del IPC; ii) que resulta contrario al principio de igualdad obligar a una cierta franja de servidores públicos –aquellos que devengan más de dos salarios mínimos- a soportar que su salario no se ajuste, con el fin de sanear las finanzas públicas, teniendo en cuenta que todos los trabajadores se ven afectados por igual por el fenómeno inflacionario; iii) que los derechos fundamentales de los trabajadores constituyen un límite constitucional a la discrecionalidad del Gobierno en el manejo de la política económica que ni

¹⁶² En esta sentencia la Corte abordó una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4º (parcial) de la Ley 4º de 1992 por exceder la facultad que la Constitución confiere al Congreso para expedir la ley marco sobre el régimen salarial de los servidores públicos. La Corte encontró que era inconstitucional que la disposición impugnada obligara al Gobierno a ajustar el régimen salarial de los servidores indicados en los literales a), b) y d) del artículo 1º de la ley dentro de los diez primeros días de cada año, porque desbordaba las facultades del legislador en materia de la ley marco e impedía al Gobierno hacer nuevos ajustes cuando lo estimara conveniente por razones económicas o para la protección de los trabajadores. El magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz salvó su voto porque consideró que el plazo que la norma otorgaba no invadía las competencias del Ejecutivo y, por el contrario, permitía armonizar la política salarial con otras variables macroeconómicas y garantizar los derechos de los trabajadores.

¹⁶³ M.P. Antonio Barrera Carbonel.

¹⁶⁴ Cabe aclarar que el precepto demandado sólo disponía un ajuste para los servidores que devengaran menos de dos salarios mínimos.

siquiera puede ser desconocido bajo el argumento de la precariedad de la situación fiscal del país.¹⁶⁵

En la sentencia C-1064 de 2001166, la Corte moderó un poco su posición al conocer de una demanda similar promovida contra el artículo 2° de la Ley 628 de 2000 –“Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2001”-. En este pronunciamiento la Corte sostuvo i) que no existía cosa juzgada material en relación con la sentencia C-1433 de 2000, ya que las disposiciones objeto de las demandas en cada uno de los procesos, las características de la omisión cuestionada, y el contexto en el que las normas demandadas habían sido expedidas y aplicadas eran distintas¹⁶⁷; ii) que del artículo 53 superior -que ordena la legislador crear un estatuto del trabajo que incorpore el principio de remuneración mínima vital y móvil-, no se desprende la consagración explícita de un derecho al ajuste anual igual al IPC del salario, sino un derecho a mantener el poder adquisitivo real del mismo; iii) que los derechos fundamentales –como el derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario- no son absolutos y, por lo tanto, pueden ser sometidos a limitaciones con el fin de armonizarlo con otros valores constitucionales¹⁶⁸; iv) que el juicio de constitucionalidad de la ley que

¹⁶⁵ En este punto, la Corporación manifestó: “No es argumento suficiente para desconocer el ajuste del salario a los servidores públicos la situación fiscal del país, pues ésta requiere de un manejo ajustado a los ordenamientos constitucionales y de éstos surge, con claridad meridiana, el deber constitucional para el Gobierno de conservar el valor real del salario, haciendo como lo determine la ley, los ajustes periódicos por inflación, así como los incrementos adicionales que se justifiquen, atendiendo los diferentes factores de orden político, social y económico.”

Los magistrados Cristina Pardo y Álvaro Tafur Galvis salvaron su voto por considerar que la sub-regla de aumento anual de los salarios de los servidores públicos no se desprende de la Constitución. En particular, se destacan los argumentos de la primera magistrada, quien aseguró: i) que el concepto “salario mínimo vital y móvil” es un concepto jurídico indeterminado que admite varias interpretaciones y del que no se infiere directamente la regla propuesta; ii) que imponer la regla en mención puede resultar contraproducente desde el punto de vista macroeconómico; iii) que la inflación es un fenómeno que afecta no sólo a los servidores públicos, sino a la sociedad en general, así que combatirla es un fin de interés general que justifica la restricción de ciertas garantías; iv) que por ser el concepto de salario móvil indeterminado, el Congreso goza de libertad de configuración en la materia, y v) que no hay violación del derecho a la igualdad.

¹⁶⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶⁷ Para sustentar esta afirmación, la Corte argumentó: i) en cuanto a los objetos demandados, que eran distintos, toda vez que no sólo se trataba de leyes diferentes, sino que la política salarial a la que respondían también había cambiado; ii) que el contexto normativo había variado, por cuanto entre la Ley 547 de 1999 y la Ley 628 de 2000 mediaba la expedición de una reforma a la ley orgánica del presupuesto –Ley 617 de 2000-, y, además, tanto la Ley 617 como la 628 habían sido expedidas en el marco de una política anti-inflacionaria; iii) que no podía examinarse si la Ley 628 reproducía el contenido inconstitucional de la Ley 547, toda vez tal contenido era una omisión, de manera que no existía un parámetro de comparación.

¹⁶⁸ La Corte aclaró que la simple invocación del interés general no podía llevar a la limitación de este derecho, ya que los derechos fundamentales “(...) no pueden entonces ser disueltos en un cálculo utilitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que esos derechos son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo.”

debía llevarse a cabo debía tener en cuenta las necesidades macroeconómicas y respetar la libertad de configuración de las autoridades competentes en la materia; v) que sí era posible establecer diferencias entre los servidores públicos para efectos de realizar los ajustes salariales, ya que el derecho de quienes reciben mayores salarios puede ser limitado en mayor medida que el de aquellos de menores ingresos; vi) pero que ello no significaba –aunque fuera con diferencias– que el salario de todos los servidores públicos no debiera aumentar de alguna manera anualmente.

Como el legislador no había fijado criterios que permitirían diferenciar los grupos de servidores públicos a los que corresponderían los distintos niveles de aumentos salariales, la Corte optó por proponer tales criterios mientras el legislador se ocupaba del asunto. Es así como concluyó, en virtud del principio de progresividad, i) que el porcentaje de los aumentos salariales podría disminuir en la medida que aumentara la escala salarial, y ii) que el criterio preponderante para ajustar los salarios de los servidores públicos de menores ingresos sería el nivel de inflación, para mantener el poder adquisitivo de los mismos.¹⁶⁹ Sobre mencionar que el fallo fue de exequibilidad.¹⁷⁰

Más recientemente, en la sentencia C-1017 de 2003¹⁷¹, la Corte analizó de nuevo una demanda contra una ley anual de presupuesto –Ley 780 de 2002 “Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2003”– por cargos similares a los que dieron lugar a los dos fallos antes examinados. En esta oportunidad, la Corporación reiteró i) que la Constitución admite que el alcance del derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario sea diferente

¹⁶⁹ La Corte sostuvo:

“En conclusión, todos los servidores públicos tienen un derecho constitucional a que se les mantenga el poder adquisitivo real de su salario. Sin embargo, para aquellos servidores que no devengan salarios inferiores al promedio ponderado mencionado, es razonable, en un Estado Social de Derecho y en un contexto social y económico como el considerado en el presente proceso, que su derecho sea limitado, atendiendo criterios de progresividad, equidad y proporcionalidad.

Ello significa que los porcentajes de aumentos salariales para los servidores de las escalas superiores no puede ser igual o mayor a los de los incrementos para los de las escalas inmediatamente inferiores. De lo contrario se desconocerían los principios de equidad y progresividad. Además, entre una y otra escala o grado salarial, las distancias entre los porcentajes de aumento no pueden ser grandes con el fin de evitar diferencias desproporcionadas. Dentro de estos criterios generales corresponde a las autoridades competentes determinar el porcentaje de aumento para cada escala o grado salarial. Escapa a la órbita de la Corte señalar porcentajes específicos. Ello corresponde al margen de discrecionalidad de las autoridades competentes (...).”

¹⁷⁰ Los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentarías, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil salvaron su voto porque estimaron que la sentencia en cuestión autorizaba y declaraba conforme a la Constitución una rebaja efectiva de los salarios de los servidores públicos, lo que –a su juicio– violaba la Carta de manera flagrante e implicaba un retroceso inaudito en el Estado Social de Derecho.

¹⁷¹ M.P. Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil.

dependiendo del nivel de remuneración del servidor¹⁷², entre otras razones, en virtud del principio de solidaridad y del principio de igualdad material; ii) que este derecho no es absoluto y puede ser sometido a limitaciones, las cuales variarán según el nivel salarial, y iii) que, dado que la demanda versaba sobre la afectación de derechos fundamentales, en el caso concreto era necesario aplicar un juicio estricto de constitucionalidad.

Específicamente, al practicar el juicio estricto de constitucionalidad, la Corte sostuvo: i) que la necesidad de reducir el déficit fiscal era un fin imperioso que ameritaba la limitación del derecho de los servidores públicos a mantener el poder adquisitivo real de sus salarios¹⁷³; ii) que el medio elegido para lograr este fin –el no ajuste de todos los salarios de los servidores públicos en un porcentaje por lo menos igual al IPC- no sólo no era prohibido por la Constitución, sino incluso contemplado por el propio constituyente, y iii) en cuanto a la relación entre el medio y el fin, que la medida no era desproporcionada, pues en “(...) un Estado Social de Derecho, en virtud del principio de solidaridad, quienes están mejor en la sociedad pueden ser llamados a apoyar a aquellos que se encuentran en estado de vulnerabilidad, situación de indefensión o desprotección, o en estado de marginación.” No obstante, la Corte dejó claro que esa proporcionalidad sólo se daba en el contexto económico que se existía en ese momento y que la limitación debía ser estrictamente temporal.

De otro lado, la Corporación encontró que la norma demandada se circunscribía a un contexto económico distinto al de los pronunciamientos anteriores, razón por la cual fijó, para ese caso, unas nuevas pautas para que se pudiera limitar el derecho de los servidores públicos. Para ello dispuso que en el caso de los servidores que devengaran hasta dos salarios mínimos, el aumento debería ser igual al IPC, y que para el resto de los servidores podía ser menor, siempre y cuando el ajuste de la última escala superior no fuera inferior al 50% de la inflación del año inmediatamente anterior.

A los efectos de la Corte Constitucional debe sumarse que, en el caso de los trabajadores oficiales, es decir, aquellos servidores públicos cuya vinculación a la Administración ocurre en virtud de un contrato de trabajo, normalmente el incremento salarial surge de una negociación entre los sindicatos y la entidad

¹⁷² Al respecto, la Corte afirmó que el aumento del salario debería ser mayor en la medida que el nivel salarial del servidor disminuyera, dado que las personas de más bajos salarios merecen una mayor protección.

¹⁷³ La Corte manifestó: “En el contexto de un elevado y sostenido déficit fiscal y de un crecimiento acelerado del endeudamiento de la Nación, existe un interés público real y concreto de superar esta situación, por ejemplo, mediante la reducción de los gastos del Estado, lo cual comprende los gastos de personal. En dicho contexto, la reducción del déficit es fin imperioso, tal como lo ha considerado el legislador en este caso según se refleja en el presupuesto para la vigencia fiscal de 2003 y en la exposición de motivos correspondiente citada en el apartado 4.2 de esta sentencia. La anterior conclusión no significa un juicio de la Corte sobre la política fiscal ni sobre sus bondades o fallas, lo cual escapa a la competencia de esta Corporación” (fundamento jurídico 3.3.1.1).

empleadora, y rara vez concurre con la meta de inflación fijada por el Banco de la República (Observatorio del Mercado Laboral y la Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia, p. 27).

3.4 Relevancia de la Jurisdicción en la Asignación de Gasto en La nueva Constitución

3.4.1 Introducción del Mecanismo de Tutela: Ampliación de la capacidad del Poder Judicial para Hacer Cumplir las Obligaciones y Mayor impacto fiscal de las Decisiones de la jurisdicción vía Precedentes

Los mecanismos de protección de derechos introducidos en la Constitución de 1991, en particular el mecanismo de la acción de tutela¹⁷⁴, le confirieron a la jurisdicción una relevancia en la asignación de los recursos públicos mucho mayor que la que tenía en el anterior ordenamiento constitucional, al tiempo que redujeron la capacidad del Ejecutivo para decidir en esa materia.

El mecanismo de tutela propició dos cambios fundamentales en términos de la redistribución de tales derechos de decisión. El primero de esos cambios fue la ampliación de la capacidad del poder judicial para hacer cumplir las obligaciones de la Administración, con respecto a las acciones ordinarias. Dicho mecanismo redujo los costos de acceder a la instancia judicial, la dotó de procedimientos expeditos para emitir fallos, le dio efecto inmediato a los mismos, y aumentó los costos de no acatarlos.

Las acciones ordinarias i) necesitan derecho de postulación para ser interpuestas, es decir, requieren de la intermediación de un abogado; ii) el daño o perjuicio que alega el demandante debe haberse causado antes de la interposición de la demanda; iii) deben ser promovidas ante una jurisdicción especializada; iv) los procesos pueden extenderse por varios años; v) se rigen por un conjunto de reglas procesales que regulan cada uno de los procedimientos necesarios dentro del

¹⁷⁴ La Constitución Política de 1991 consagra, en su artículo 86, la acción de tutela como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales. El Decreto 2591 de 1991, por su parte, establece que dicha acción procede cuando tales derechos resulten violados o amenazados.

Artículo 1 del Decreto 2591 de 1991: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en las casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela. La acción de tutela procederá aun bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción.”

proceso; vi) exigen una actividad probatoria rigurosa, vii) y el cumplimiento de los fallos que de ellas se derivan se difiere hasta que se hayan agotado todas las instancias, y en muchos casos requieren el inicio de un nuevo proceso –v. gr. un proceso ejecutivo.

En contraste con ellas, la acción de tutela i) debe ser resuelta de manera preferente con respecto a los demás procesos del despacho judicial, excepto los de habeas corpus¹⁷⁵, y en un máximo de 10 días; ii) procede tanto en situaciones consolidadas de lesión de derechos como para evitar que el perjuicio sea causado; iii) cualquier juez con jurisdicción en el lugar de ocurrencia de los hechos puede conocer de las tutelas que se le presenten, sin necesidad de que el mismo sea especializado en la materia sobre la que aquellas versen¹⁷⁶; iv) no tiene los requisitos formales de una demanda ordinaria -puede, incluso, ser interpuesta por el mismo afectado, sin necesidad de abogado, y tampoco requiere ser presentada por escrito¹⁷⁷; v) el juez puede prescindir de las consideraciones técnicas que son relevantes en un proceso ordinario, pues la tutela se rige por el principio de la informalidad; vi) el fallo de primera instancia debe cumplirse en 48 horas, así sea impugnado¹⁷⁸; vii) no exige una actividad probatoria rigurosa¹⁷⁹, y viii) el incumplimiento de sus fallos tiene como consecuencia la imposición de una sanción de arresto de hasta seis meses y una multa de hasta 20 salarios mínimos mensuales, los cuales son ordenados por el juez que conoció en primera instancia del asunto. Además, este mismo juez mantiene la competencia para ordenar otras medidas tendientes a garantizar el cumplimiento de la sentencia.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Artículo 86 de la Constitución.

¹⁷⁶ Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991: “**Primera instancia.** Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.”

¹⁷⁷ Artículo 14 del Decreto 2591 de 1991: “Informalidad. En la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante.

No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado.

En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. El juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno.”

¹⁷⁸ La Corte Constitucional señaló al respecto en la sentencia T-068 de 1995 lo siguiente: “(...)Si bien un fallo de tutela en primera instancia puede ser recurrido por cualquiera de las partes dentro de los términos establecidos por la ley, su cumplimiento por éstas es obligatorio mientras se surte la segunda instancia (...)”.

¹⁷⁹ Artículo 22 Decreto 2591 de 1991: “El juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas.”

¹⁸⁰ **Artículo 27 del Decreto 2591 de 1991: “Cumplimiento del fallo.** Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

El segundo cambio que el mecanismo de tutela trajo consigo fue el aumento del impacto fiscal que pueden tener las decisiones de la jurisdicción, en tanto les dio mayor capacidad para influir en el ordenamiento jurídico, vía precedentes.

Lo primero que hay que mencionar es que los jueces, en sus sentencias, tienen la capacidad de crear normas de alcance general. En Colombia era común pensar que los jueces eran aplicadores mecánicos del derecho, es decir, que para la resolución de los casos bastaba con que encontraran la norma emitida por el legislador o por el Ejecutivo que definiera el sentido de la decisión, y que su intervención más allá del texto de la ley solamente era posible en casos de ambigüedad de la misma (López Medina, p. 11).¹⁸¹ La expedición de la Constitución de 1991 y los cambios en los paradigmas doctrinarios que ésta propició, permiten afirmar hoy que los jueces son creadores de derecho, de normas con alcance general, por cuanto la existencia de principios constitucionales y la insuficiencia de la legislación para resolver casos concretos hacen necesaria la intervención activa de los jueces en la creación de reglas para solucionarlos.¹⁸²

La anterior afirmación adquiere mayor relevancia en el caso de los tribunales constitucionales, debido a que los textos constitucionales están compuestos en mayor parte de principios y por otras disposiciones de *textura abierta* que deben ser precisadas por la jurisdicción en cada caso concreto.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.”

¹⁸¹ López Medina explica esta situación de la siguiente manera: “(...) El sistema jurídico colombiano, neo-romanista y positivista por filiación, ha asumido tradicionalmente que (i) los jueces meramente aplican la ley, sin crearla, (ii) que los pronunciamientos judiciales son importantes para ilustrar las normas positivas sólo cuando éstas son oscuras o ambiguas, (iii) que la obligación judicial de fallar conforme a derecho se cumple preferente o exclusivamente mediante la obediencia a las reglas establecidas por el constituyente o el legislador (...)” (p. 11).

¹⁸² En otros países la idea de que los jueces son creadores de derecho es aceptada desde hace muchos años sin que haya implicado un cambio en su tradición jurídica, como se puede observar en la siguiente cita: “(...) Las cortes crean la ley en los países de derecho civil, casi tanto como sucede en los países con derecho consuetudinario. Grandes áreas del derecho se han creado mediante el desarrollo de la ‘ley por casos’ a través del derecho civil, como en el caso de la norma de confiabilidad de productos en Alemania o en la ley de agravio en Francia. La toma de decisiones de la Suprema Corte, de Alemania a Francia, de Italia a Suiza, está repleta de consideraciones de política pública, aún si éstas se esconden en sus opiniones.” (Mattei y Pardolesi, p. 370).

El mecanismo de la acción de tutela contribuye a que las reglas creadas por la jurisdicción se conviertan en obligatorias con carácter general, por dos motivos:

En primer lugar, porque el desconocimiento del precedente sin justificación suficiente es una causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esto se debe a que en virtud del derecho a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, las decisiones judiciales que son adoptadas en un caso por un juez son vinculantes para el mismo y para sus inferiores jerárquicos – especialmente si la decisión proviene del órgano de cierre de la respectiva jurisdicción- cuando conozcan de otros casos con supuestos de hecho idénticos. Solamente la existencia de argumentos razonables y suficientes¹⁸³, que además sean expresados en la correspondiente sentencia, permite a las autoridades judiciales apartarse del precedente. En los eventos en los que los jueces ordinarios se apartan del precedente sin cumplir con esta exigencia argumentativa, es posible impugnar sus decisiones acudiendo a la acción de tutela. De esta forma, este mecanismo permite a los ciudadanos reclamar a las autoridades judiciales que no varíen, a su discreción, el sentido de sus decisiones, o sigan las pautas fijadas por las corporaciones encargadas de la unificación de la jurisprudencia.

En segundo lugar, en este mismo sentido, como la Corte Constitucional es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, sus sentencias de revisión de los fallos de tutela provenientes de los jueces inferiores son obligatorias para toda la jurisdicción e, incluso, para las autoridades administrativas.

El carácter vinculante de estas sentencias deriva también del hecho de que en ellas la Corte define el alcance de los derechos fundamentales y, por esta vía, interpreta, a su vez, el propio texto constitucional. Dado que se trata de la interpretación del órgano encargado de velar por la supremacía e integridad de la Constitución, aquella tiene carácter vinculante.

Al respecto, la Corte ha sostenido que “(...) las sentencias de tutela proferidas por la Salas de revisión de la Corte Constitucional deben ser respetadas si constituyen precedente para otros casos; es decir, por el carácter objetivo de la acción de tutela las Sentencias de la Corte Constitucional, no sólo sirven para la protección del derecho subjetivo del accionante con los consecuentes efectos inter partes,

¹⁸³ Estos argumentos pueden ser del siguiente tipo: i) que las razones de la sentencia que constituye antecedente no se aplican al caso concreto por existir elementos nuevos que hacen necesaria la distinción; ii) que el superior jerárquico dejó de valorar elementos normativos relevantes que impiden la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; iii) que desarrollos dogmáticos posteriores al pronunciamiento del superior lleven a la convicción de que es posible adoptar una postura que responda mejor a la institución jurídica en sí misma considerada; iv) que la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se haya pronunciado de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico o, v) que hayan sobrevenido cambios normativos que hagan el precedente incompatible con el nuevo ordenamiento jurídico. Ver al respecto la sentencia de la Corte Constitucional T-698 de 2004.

sino que también determina el alcance de los derechos fundamentales para casos semejantes.”¹⁸⁴

Es así como ante situaciones fácticas análogas, los jueces de tutela deben adoptar el precedente fijado por la Corte Constitucional y, en consecuencia, seguir la misma argumentación y fallar en sentido similar.¹⁸⁵ Esa argumentación relevante es lo que se denomina la *ratio decidendi*¹⁸⁶ de la decisión.

3.4.2 Efectos Para el Gobierno: Mayor Costo de Incumplir y Menor Control del Ejecutivo sobre la Asignación de Derechos con Contenido Prestacional

La Constitución de 1991 abrió la posibilidad de que mediante el mecanismo de la acción de tutela los jueces se pronunciaran sobre demandas relacionadas con derechos de amplio contenido prestacional –vr. g. los derechos a la salud, a la educación, a la vivienda y al reconocimiento de pensiones.¹⁸⁷ Esto sumado al hecho de que la acción de tutela dotó a la jurisdicción de mayores capacidades para hacer que el Gobierno cumpla sus obligaciones y para generar cambios normativos por vía de precedente, han generado efectos importantes en términos de la capacidad de decisión del Ejecutivo sobre el gasto.

El primer efecto fue un aumento sustancial para el Gobierno del costo de incumplir con los pagos de obligaciones relacionadas con derechos fundamentales de contenido prestacional. Con ello el Ejecutivo tuvo que prescindir de una alternativa de ajuste o sustitución de gasto a la que acudía con frecuencia.¹⁸⁸

El segundo efecto más importante en términos fiscales fue que se redujo el control del Ejecutivo sobre la asignación de los derechos con contenido prestacional, y, por lo tanto, sobre la asignación del gasto.

¹⁸⁴ Sentencia T-196 de 2005

¹⁸⁵ Ver al respecto la sentencia T 591 de 2001. En ésta sentencia la Corte precisó: “En la medida en que la *ratio decidendi* constituye una norma, en los términos indicados en el fundamento jurídico de esta decisión, necesariamente adquiere alcance general, pues es obligatoria su aplicación en todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla judicial, como lo exige el respeto por el derecho a la igualdad en la aplicación del derecho.”

¹⁸⁶ En la sentencia SU-047 de 1999, se precisó que: “Por su parte, la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive.”

¹⁸⁷ Si bien existe una discusión sobre si estos derechos son fundamentales, lo cierto es que la Corte Constitucional ha avalado la procedencia de la acción de tutela para su protección mediante argumentos como el de la conexidad (Ver sobre esta discusión y los argumentos que ha empleado la Corte para avalar la procedencia de la acción de tutela frente a estos derechos en Arias et. al., 2005).

¹⁸⁸ Antes de la Constitución de 1991 era común que el Gobierno postergara, por ejemplo, el pago de los salarios y las pensiones de los maestros.

Antes de la introducción de los mecanismos de protección de derechos que se hace en la Carta, los cambios normativos con efecto sobre el gasto estaban sujetos a la anuencia del Ejecutivo. Incluso en el nuevo orden, la iniciativa de gasto que le fue devuelta al Congreso sólo se hace efectiva con la aceptación del Ejecutivo manifestada en la inclusión de las apropiaciones correspondientes en la ley de presupuesto. En cambio, en lo que concierne a la modificación de las normas por vía judicial, el Gobierno carece de capacidad para objetarlas. El Ejecutivo no puede acudir en sede judicial, como lo hace en los procesos de formación de leyes, a razones de conveniencia o de orden fiscal, para impedir que los cambios normativos se consoliden.

3.4.3 Exigencias sobre la Administración: Calidad, Consistencia y Oportunidad de las Actuaciones y su Defensa

A diferencia del anterior arreglo institucional en el que las normas con efecto sobre el gasto se definían, en general, en un solo escenario (el Congreso), bajo procedimientos muy regulados, con el seguimiento permanente por parte de la Administración, en la Jurisdicción, en particular con el mecanismo de tutela, los cambios pueden suscitarse en múltiples escenarios, bajo procedimientos bastante menos formales y con exigencias mucho mayores en términos de control de los procesos.

En la medida en que la Administración carece de esquemas de decisión y defensa adecuados para este nuevo escenario judicial, los costos fiscales de los fallos han tendido a ser más onerosos.

Este es un tema que no parece haber merecido mayor discusión. La idea de que, con la Constitución, los jueces adquirieron mayores derechos de decisión ha contribuido, quizá, a que se sobrestime la capacidad de decisión de los mismos y a que se le preste poca atención al rol de la Administración en el escenario judicial.¹⁸⁹ Resulta más preciso hablar en términos de la mayor relevancia de la jurisdicción en las decisiones de gasto. Ello permite atender al hecho de que los fallos de los jueces tienen lugar en una institucionalidad y que la Administración juega un papel fundamental dentro de la misma en lo que concierne a la defensa de sus actuaciones.

Dicha institucionalidad, como cualquier otra institucionalidad, hace que la conducta de los jueces tenga un mínimo de predictibilidad. Por un lado, si sus fallos sopesan la adecuación a la ley de los argumentos de las dos partes en conflicto –el peticionario y el demandado- es esperable que una adecuada defensa judicial haga más difícil que las pretensiones de la parte demandante prosperen. De otro, también es razonable esperar, en los casos en los que fallos puedan desembocar en cambios normativos vía precedentes, que cuando las partes contrapuestas acudan, de manera consistente, ante los jueces a defender sus argumentos, haya

¹⁸⁹ Ver por ejemplo Clavijo, 2001.

más posibilidades de que surjan precedentes eficientes que no favorezcan a una parte en especial, que cuando los esfuerzos litigiosos de las partes no sean equiparables (Rubin).

Las nuevas condiciones de la jurisdicción le impusieron exigencias importantes al Gobierno en términos de tal esfuerzo litigioso. En esa nueva institucionalidad, si las decisiones del Gobierno y su defensa carecen de sustento legal adecuado, o las mismas difieren en casos similares, o no se adelantan con prontitud, ellas mismas propician la formación de precedentes judiciales. Por lo tanto, se volvió indispensable para proteger la estabilidad y la sostenibilidad fiscal del sistema de derechos con contenido prestacional, que el Gobierno tenga un esquema de control estricto sobre sus propias actuaciones en términos de i) su calidad -lo decidido debe corresponder a la aplicación de un conocimiento especializado en el tema y las motivaciones deben sustentar en forma adecuada los actos administrativos; ii) su consistencia -todos los casos en que se verifica la misma situación de hecho deben tener la misma solución en derecho y todos los procesos que versen sobre un mismo asunto deben tener una defensa uniforme, y iii) su oportunidad -todos los litigios promovidos contra las decisiones administrativas deben ser atendidos dentro de los términos procesales.

3.4.4 Falta de adaptación de la Administración al nuevo contexto jurisdiccional

En la medida en que el Gobierno no ha adaptado sus esquemas de decisión y de defensa, de forma tal que ellas cumplan con las condiciones descritas en la sección anterior, se ha incrementado la posibilidad de que las demandas contra sus actuaciones prosperen, y con ello, ha aumentado el costo fiscal de los fallos.

Este puede ser el caso de las sentencias relativas al reconocimiento y pago de pensiones. No existe en este campo una organización jerárquica que promueva que las decisiones sigan líneas argumentativas sólidas y coincidentes, y que emita conceptos vinculantes para las distintas entidades que reconocen pensiones.¹⁹⁰ Tampoco hay una instancia que coordine la argumentación utilizada en respaldo de las decisiones administrativas adoptadas por las distintas entidades, lo que permite que éstas puedan realizar distintas interpretaciones de las normas. Por último, no existen mecanismos para verificar, de manera sistemática, si las entidades se hacen parte en los procesos judiciales que se adelantan en su contra, ni si en éstos se promueve una correcta defensa.

¹⁹⁰ La actual estructura de reconocimiento pensional se encuentra conformada por varias entidades con autonomía administrativa y patrimonial. El régimen de prima media es administrado por varias entidades reconocedoras de las prestaciones independientes la una de la otra, entre ellas se encuentran CAJANAL, FONPRECOM, CAPRECOM, CAXDAC y el Seguro Social, entre otras. Esta autonomía administrativa impide que haya una adecuada administración de la administración del sistema en su totalidad.

Los conceptos que emiten los ministerios de Hacienda y de Protección Social carecen de poder vinculante para las entidades reconocedoras de pensiones. Cada una de ellas establece por separado su propia interpretación del régimen de pensiones y con ello propicia demandas que, eventualmente, pueden afectar la configuración de las normas pertinentes, sin posibilidad de control por parte del Gobierno. En esa medida, decisiones que pueden tener efectos importantes en términos fiscales están dispersas en esas entidades sin control de las autoridades fiscales.

Estas fallas en la estructura organizacional podrían, quizá, contribuir a explicar, en parte, el alto impacto fiscal que en este tema han tenido las sentencias de la Corte Constitucional y otras instancias judiciales.¹⁹¹

4. FINANCIAMIENTO CON CARGO A DEUDA

A diferencia de lo ocurrido con otros temas relacionados con el financiamiento del gasto, como emisión, tributos y transferencias, la deuda de la Nación no fue objeto de debate en la Asamblea Constituyente, ni ésta se ocupó de fijar mayores límites a su uso.

Este vacío no fue cubierto en los trámites de expedición de las leyes y decretos que se emitieron con posterioridad a la expedición de la Carta. No ha habido hasta el momento una discusión comprensiva sobre la deuda. Por el contrario, el desarrollo de las normas que la rigen ha tenido lugar de manera fragmentada y sin que medie un proceso previo de concertación producto de un debate sobre el tema. Tales normas han eliminado, de forma paulatina, los controles a los que estaban sometidas dichas fuentes de financiamiento. Esto ha ocurrido, en particular, con respecto a las aprobaciones que debe otorgarle el Congreso al Gobierno para efectuar operaciones de crédito. El ejemplo más relevante es que el Ejecutivo ha librado al mecanismo de endeudamiento más importante con el que cuenta, los TES B, de cualquier control por parte del Congreso. Los TES B no están sujetos, en la práctica, a ningún control ni procedimental, ni numérico; no

¹⁹¹ Las sentencias judiciales, particularmente aquellas adoptadas por los jueces de tutela, han generado precedentes con efecto sustancial sobre las reglas de juego del régimen pensional. Dichas sentencias han tenido, entre sus principales efectos, i) la introducción de factores salariales no contemplados por el nuevo régimen como parte del Ingreso Base de Liquidación (IBL); ii) el reconocimiento de derechos no contemplados en el régimen al cual se encontraban afiliadas las personas antes de la entrada en vigencia la Ley 100, en contravía de su artículo 36 que establece que los beneficios a obtener deben corresponder al régimen al que se encontraba afiliado el trabajador al momento de entrar en vigor el nuevo régimen pensional; iii) la extensión de la pensión gracia, que constituía una prestación extra para los profesores del orden municipal, a los docentes del orden nacional, y iv) el reconocimiento de la mesada 14, que consiste en el pago de una prestación extra cada año a quienes se pensionaron antes de 1988 con el objeto de aliviar la pérdida de poder adquisitivo de las mesadas pensionales otorgadas antes de la expedición de la Ley 71 de ese año.

hacen parte del cupo de endeudamiento y su límite lo constituyen las necesidades de financiamiento del presupuesto, cualesquiera que ellas sean.

Ese proceso de eliminación de restricciones ha tenido lugar, en buena medida, mediante normas que regulan materias que sólo inciden de manera tangencial en los aspectos sustanciales de la deuda pública, como, por ejemplo, los estatutos de contratación administrativa o a través de comisiones y en contextos que no propician una discusión apropiada sobre el tema. De otra parte, la multiplicidad y dispersión de normas permite que las disposiciones de mayor impacto y trascendencia, al replicarse de manera continua en diferentes tipos de normas, generen una situación de hecho en la cual las eventuales acciones legales – acciones de inconstitucionalidad- se convierten en la práctica en herramientas poco eficaces para lograr un cambio en el ordenamiento.

El resultado de todo esto ha sido una reducción absoluta del precio de la deuda que, sumado al mayor precio relativo de las demás fuentes de financiamiento, genera incentivos a su uso sistemático.¹⁹²

4.1 Desarrollo del marco legal en materia de endeudamiento: caracterizado por la ausencia de debate sobre sus consecuencias fiscales

En materia de endeudamiento, las normas marco han estado tradicionalmente concentradas en los estatutos de contratación administrativa,¹⁹³ específicamente en los títulos y artículos que regulan lo concerniente a los contratos de empréstito.

Lo anterior se explica en el hecho de que durante la vigencia de los anteriores estatutos, la principal fuente de endeudamiento se formalizaba en dicha modalidad de contratación. Esto hacía que, al tratarse de un contrato eminentemente administrativo, resultara natural establecer sus mecanismos y reglas en las normas que se ocupaban de los contratos administrativos. También cabe señalar que estas normas se dictaron mediante decretos expedidos por el Gobierno, en uso de facultades otorgadas por el legislativo¹⁹⁴.

De esta manera, el Decreto 150 de 1976 incluía un capítulo¹⁹⁵ en el cual se definía el contrato de empréstito –únicamente en cabeza de la Nación directamente o en garantía-, sus modalidades y requisitos de celebración. Sobre este último punto,

¹⁹² Evidencia de esto es que los Títulos de Ahorro Nacional (TAN) para 1990 representaban el 28% de la deuda interna. Esta representación aumentó para el año 2002, cuando los títulos de deuda llegaron a constituir el 67% de la deuda interna de la Nación (Lozano, 2002).

¹⁹³ Decreto 150 de 1976, Decreto 222 de 1983 y Ley 80 de 1993.

¹⁹⁴ Así, el Decreto 150 de 1976 fue expedido, previo concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en uso de las facultades otorgadas por la Ley 28 de 1974; y el Decreto 222 de 1983, previo concepto de la Comisión asesora de especialistas en derecho público, en uso de las facultades otorgadas por la Ley 19 de 1982.

¹⁹⁵ Artículos 111 a 119 Decreto 150 de 1976.

se debe resaltar que el decreto citado contenía restricciones diferenciales en función del monto comprometido¹⁹⁶.

El posterior estatuto de contratación, Decreto 222 de 1983, incluyó de igual manera un capítulo sobre los contratos de empréstito. Además de los cambios en materia de requisitos aplicables a este tipo de contratación, el citado capítulo, aunque conservando la misma estructura del anterior, introdujo un cambio importante, al extender la reglamentación concebida para el contrato de empréstito a nuevas figuras y operaciones, siempre que las mismas se pactaran con plazos de pago superiores a un año –entre ellas la emisión de bonos.¹⁹⁷ En este punto, la regulación dio un giro, al decidir, sin discusión previa, darle un enfoque puramente contractual a operaciones de carácter eminentemente fiscal.

Ya en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, el tema de la deuda pública de la Nación, a diferencia de lo que ocurrió con los entes territoriales, tampoco ocupó mayor atención¹⁹⁸.

La tendencia a establecer un marco normativo de la deuda pública sin un debate abierto al respecto, se vio reforzada mediante la inclusión de unas normas básicas en la materia en la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación Administrativa. La Ley 80, en su artículo 41, párrafo segundo, se ocupó del tema de las operaciones de crédito por parte de la administración pública. Fue así como el citado párrafo segundo abarcó algunos aspectos sustanciales en materia de crédito público.¹⁹⁹; ii) señaló la facultad de las entidades estatales para celebrar

¹⁹⁶ Artículos 113 y 114 Decreto 150 de 1976.

¹⁹⁷ Artículo 235 Decreto 222 de 1983: “Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que les son propios, se someterán a las disposiciones del presente estatuto sobre contrato de empréstito, los siguientes actos cuando contengan plazos para el pago mayores de UN (1) año: a) Los créditos de proveedores, esto es, la adquisición de bienes y/o servicios con plazo para el pago; b) El otorgamiento de garantías personales a operaciones de crédito de otras entidades; c) Los créditos documentarios cuando el banco emisor de la carta de crédito otorgue plazo para cubrir el valor de su utilización; d) La novación de obligaciones cuando la nueva deba satisfacerse a plazo; e) La emisión, colocación, otorgamiento y suscripción de bonos, demás valores y otros documentos pagaderos a plazo; y f) Las demás operaciones análogas a las anteriores y en general al contraer obligaciones de pago a plazo.

¹⁹⁸ El único artículo de la Constitución que se encargó de regular el tema de límites al endeudamiento de la Nación fue el artículo 364: “El endeudamiento interno y externo de la Nación y de las entidades territoriales no podrá exceder su capacidad de pago. La ley regulará la materia.” La Constitución no define qué se debe entender por capacidad de pago si esto constituye un límite al endeudamiento. Al estudiar las gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente, no se encuentra ningún antecedente ni discusiones sobre este artículo, el cual fue aprobado en primer debate.

¹⁹⁹ (...) Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales, para efectos de la presente ley se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales.(...)

“operaciones propias para el manejo de la deuda”²⁰⁰; iii) estableció los requisitos formales, en términos de autorizaciones, para realizar operaciones de crédito público externo o interno y sus operaciones asimiladas²⁰¹; iv) mantuvo las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus descentralizadas reguladas por las normas ya vigentes en el anterior Estatuto de Contratación, y dispuso los requisitos para la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública interna por parte de las entidades territoriales y sus descentralizadas²⁰²; y v) por último, en desarrollo del título del artículo 41 – Perfeccionamiento del contrato- dispuso que las operaciones a que se refiere dicho artículo y las conexas con ellas se contratarían en forma directa. Por otra parte, tal y como se explicará en detalle más adelante, el párrafo segundo atribuyó una competencia genérica al Gobierno para regular la materia. Como resultado de esta atribución de competencia, el Gobierno, de manera autónoma, y teniendo como únicos parámetros los establecidos en el párrafo segundo del artículo 41, expidió el Decreto 2681 de 1993, en el cual reglamentó detalladamente los aspectos sustanciales relativos a las operaciones de deuda, y que le ha servido de sustento primordial para posteriores determinaciones y operaciones en la materia.

En lo que atañe a los mecanismos de expedición de las normas marco – contenidas en la Ley 80- se advierte, en primer lugar, que se pasó de la reglamentación contenida en un capítulo completo del Decreto 222- conformado por un bloque de 22 artículos sobre las operaciones de deuda y asimiladas- a un párrafo inserto en un artículo de la Ley 80 que trata principalmente de aspectos

²⁰⁰ (...) tales como la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, cobertura de riesgos, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, así como las de capitalización con ventas de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen. (...)

²⁰¹ (...) Cuando las operaciones señaladas en el inciso anterior se refieran a operaciones de crédito público externo o asimiladas, se requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que podrá otorgarse en forma general o individual, dependiendo de la cuantía y modalidad de la operación. Para la gestión y celebración de toda operación de crédito externo y operaciones asimiladas a éstas de las entidades estatales y para las operaciones de crédito público interno y operaciones asimiladas a éstas por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, así como para el otorgamiento de la garantía de la Nación, se requerirá la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previos los conceptos favorables del CONPES y del Departamento Nacional de Planeación.(...)

²⁰² (...) Las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus descentralizadas se regularán por las disposiciones contenidas en los Decretos 1222 y 1333 de 1986, que continúan vigentes, salvo lo previsto en forma expresa en esta Ley. En todo caso, con antelación al desembolso de los recursos provenientes de estas operaciones, éstas deberán registrarse en la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. De conformidad con las condiciones generales que establezca la autoridad monetaria, la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública interna de las entidades territoriales y sus descentralizadas requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y concepto previo favorable de los organismos departamentales o distritales de planeación, según el caso.(...)

formales relativos al perfeccionamiento de los contratos administrativos, lo que en principio debilita la unidad temática del artículo. El único inciso del párrafo que efectivamente tiene relación con el título y contenido principal del artículo 41 es el inciso 9º, según el cual “las operaciones a que se refiere el presente artículo y las conexas con éstas se contratarán en forma directa.” pues en realidad, la posibilidad de contratación directa, y en consecuencia de aplicación de este inciso, solo se aplica a las operaciones conexas.²⁰³

Por otra parte, al estar inserto en un artículo del Estatuto de Contratación Administrativa, el trámite correspondiente se surtió a través de las Comisiones Cuartas del Senado y de la Cámara de Representantes -que conocen, entre otros, de los temas de contratación administrativa-, y no a través de las Comisiones Terceras de una y otra- especializadas en los temas de hacienda pública. Lo anterior es relevante en la medida en que, dada la especialización y enfoque de cada una de las Comisiones, la discusión en materia de contratación administrativa que se desarrolla allí gira de manera primordial alrededor de la necesidad de evitar la corrupción y de asegurar que la administración opere en condiciones de transparencia y eficiencia. Por el contrario, dado que las Comisiones Terceras se ocupan de los proyectos de “hacienda y crédito público, impuestos y contribuciones, exenciones tributarias, régimen monetario, leyes sobre el Banco de la República, sistemas de banca central, leyes sobre monopolios, autorización de empréstitos, mercado de valores, regulación económica, planeación nacional, régimen de cambios, actividad financiera, bursátil, aseguradora y la captación de ahorro” ellas constituyen el foro adecuado para las discusiones relativas al tema de la deuda y sus consecuencias fiscales.

Lo anterior genera una inquietud sobre el alcance del debate en torno a la orientación y alcance de las normas, pues no se evidencia que en las decisiones fundamentales en materia de operaciones de deuda – facultades del Gobierno,

²⁰³ Las operaciones conexas fueron definidas en el art 6º del Decreto 2681 de 1993 -Reglamentario de la Ley 80: “Se consideran conexas a las operaciones de crédito público, a las operaciones asimiladas o a las de manejo de la deuda pública, los actos o contratos relacionados que constituyen un medio necesario para la realización de tales operaciones.

Son conexas a las operaciones de crédito público, entre otros, los contratos necesarios para el otorgamiento de garantías o contragarantías a operaciones de crédito público; los contratos de edición, colocación, incluida la colocación garantizada, fideicomiso, encargo fiduciario, garantía y administración de títulos de deuda pública en el mercado de valores, así como los contratos para la calificación de la inversión o de valores, requeridos para la emisión y colocación de tales títulos en los mercados de capitales.

Igualmente son conexas a operaciones de crédito público, a las operaciones asimiladas a éstas o a las de manejo de la deuda, los contratos de intermediación necesarios para llevar a cabo tales operaciones y los de asistencia o asesoría necesarios para la negociación, contratación, o representación de la entidad estatal en el exterior que deban realizarse por personas o entidades expertas en estas materias.

Las operaciones conexas se contratarán en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos.

límites a los montos comprometidos- haya mediado un proceso técnico y consciente de concertación normativa.

4.2 Un primer incentivo al mayor uso de los mecanismos de endeudamiento: la consolidación de facultades autónomas en cabeza del Gobierno

En primer lugar, es importante resaltar que al no haberse presentado un debate sobre el tema en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, su regulación se ha desarrollado mediante leyes y decretos que no tienen fundamento explícito en mandatos constitucionales. Estos desarrollos normativos han profundizado paulatinamente en un esquema de manejo autónomo de los mecanismos de deuda –en particular deuda interna- por parte de la Nación.

En diciembre de 1990, antes de la expedición de la nueva Constitución, se expidió la Ley 51²⁰⁴, por medio de la cual el Congreso autorizó por primera vez al Gobierno Nacional a emitir, colocar y mantener en circulación los denominados “Títulos de Tesorería” (TES)²⁰⁵, hasta por setenta y cinco mil millones de pesos (\$75.000.000.000)²⁰⁶. La norma dividió los TES en dos clases: TES A y TES B. Los primeros reemplazarían los antiguos Títulos de Participación y sustituirían la deuda contraída por el Gobierno con el Banco de la República. Los segundos tendrían por objeto reemplazar los antiguos TAN, obtener recursos para las apropiaciones presupuestales y efectuar operaciones temporales de tesorería del Gobierno Nacional. De otra parte, dispuso que el cupo de endeudamiento otorgado se podría reponer en la medida en que se amortizaran o deterioraran los TES emitidos, y, de esta forma, permitió que en lo sucesivo y hasta que fuera agotado dicho cupo, las futuras emisiones de TES fueran ordenadas por el Gobierno mediante decreto, esto es, de manera discrecional, con base en las

²⁰⁴ Ley 51 de 1990, “Por la cual se autorizan unas operaciones de endeudamiento interno y externo de la Nación; (...) y se dictan otras disposiciones”.

²⁰⁵ Artículo 4º Ley 51 de 1990. “Autorízase (Sic) al Gobierno Nacional para emitir, colocar y mantener en circulación “Títulos de Tesorería” que serán utilizados por el Gobierno para financiar apropiaciones presupuestales, reemplazar a su vencimiento los Títulos de Ahorro Nacional y los Títulos de Participación, creados con base en las Resoluciones 28 de 1986 y 50 de 1990 de la Junta Monetaria. Así mismo, utilizará estos títulos para operaciones temporales de Tesorería, en sustitución de los cupos de crédito de la Nación en el Banco de la República, que quedan suspendidos. Parágrafo. El Gobierno Nacional podrá emitir nuevos Títulos de Tesorería para reponer los que se amorticen o deterioren, sin exceder los montos de emisión autorizados.”

²⁰⁶ Artículo 3º de la Ley 51 de 1990: “Amplíanse (sic) las autorizaciones concedidas al Gobierno Nacional por el artículo 2o. de la Ley 78 de 1989 y autorizaciones anteriores, para emitir, colocar y mantener en circulación Títulos de Ahorro Nacional -TAN- hasta por setenta y cinco mil millones de pesos (\$75.000.000.000) adicionales a los autorizados, o para emitir Títulos de Tesorería por el mismo monto, con el propósito de atender el servicio de la deuda de los TAN en circulación durante el año 1991.

facultades otorgadas por la Ley 51.²⁰⁷ Con ello, los TES se convirtieron en el mecanismo más importante de emisión de títulos de deuda pública.

En materia de facultades, se definió que el Gobierno debería someterse, en los decretos de emisión que expidiera, a las condiciones financieras fijadas por la Junta Monetaria²⁰⁸. Este organismo, por su parte, procedió a definir las de manera genérica, estableciendo condiciones de carácter muy general sobre la circulación y negociabilidad de los títulos, las cuales seguirían aplicándose de manera uniforme para todas las emisiones subsiguientes.

En 1992, luego de la expedición de la Constitución de 1991, se dictó la Ley 6ª de 1992, una norma que, a pesar de su carácter eminentemente tributario,²⁰⁹ incluyó dos artículos con reglas aplicables a los TES²¹⁰. En ellos se autorizó la emisión de TES mediante decreto y sin garantía solidaria del Banco de la República para atender “gastos generales y de inversión de la Nación, cuyo objetivo fuera la seguridad nacional, los programas de reinserción para la paz, y otros objetivos que se enmarcaran dentro de la política económica del país, con el único requisito de ser ordenados por decreto del Gobierno, el cual se debía ajustar a las condiciones generales fijadas por la Junta Directiva del Banco de la República”. Por medio de la sentencia C-149 del 22 de abril de 1993, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos señalados por considerar que la obligación de algunos contribuyentes de invertir en los BDSI que se establecía en esos artículos equivalía a la creación de un impuesto y que los mismos no cumplían con los principios generales en materia tributaria.

En la medida en que ilustra sobre la forma en que se expidieron estas normas – sin proceso previo de discusión- cabe señalar que el parágrafo del artículo 17 de la Ley 6ª., en el que se autorizó la emisión de TES antes analizada mediante decreto y sin garantía solidaria del Banco de la República, no se encontraba incluido dentro del proyecto de articulado original propuesto por el Gobierno –cuyo propósito era adecuar las fuentes de recursos estatales al nuevo acuerdo institucional plasmado en la Constitución de 1991-. Esta posibilidad fue introducida en las sesiones de la Comisión de Mediación que tuvo que ser citada para conciliar los textos aprobados por las plenarios de cada cámara, y aprobada por

²⁰⁷ Con fundamento en esta ley, por medio del Decreto 1064 de 1991, el Gobierno ordenó que, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se emitieran TES clase A y B hasta por la suma de \$1.890.000.000.000 distribuidos de la siguiente manera: \$1.426.000.000.000 en TES clase A que serían destinados a sustituir a su vencimiento los Títulos de Participación y a reemplazar durante el año 1991 la deuda contraída por la Nación con el Banco de la República. \$464.000.000.000 en TES clase B que serían empleados para atender durante el año 1991 el servicio de la deuda de los TAN y a reemplazarlos a su vencimiento, y para financiar operaciones de tesorería temporales.

²⁰⁸ Resolución 14 del 6 de marzo de 1991 de la Junta Monetaria.

²⁰⁹ “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones.”

²¹⁰ Artículos 16 y 17 Ley 6ª de 1992.

las sesiones plenarias de los días 18 y 23 de junio de 1992²¹¹. Su inclusión fue el resultado de la expectativa de una disminución en el recaudo del IVA, debido a las reducciones de su tarifa en el caso de algunos productos que habían sido aprobadas en el debate legislativo. De conformidad con la Ley 5 de 1992 - reglamento del Congreso-, las comisiones de mediación son las encargadas de conciliar el texto de un proyecto de ley cuando existen discrepancias entre los textos aprobados en las plenarias de las dos cámaras²¹². Según la Corte Constitucional, las comisiones de mediación tienen facultades limitadas para introducir disposiciones nuevas en los textos de los proyectos de ley. Para ello deben contar con autorización de las plenarias y los cambios introducidos no pueden modificar sustancialmente el proyecto ni variar su finalidad²¹³. La Ley 5 rigió a partir de su promulgación el día 18 de junio de 1992 (Diario Oficial 40.483), es decir, era de obligatorio cumplimiento para la Comisión de Mediación que introdujo el parágrafo tercero del artículo 17. Por lo tanto, esta comisión no estaba habilitada para introducir temas nuevos en las disposiciones de la ley que estaban discutiendo, como efectivamente lo hizo.

También en 1992, al amparo de la Ley 6ª, el Gobierno dictó el Decreto 1250²¹⁴, el cual se mantiene vigente hasta la fecha, en el cual incluyó algunas reglas en materia de emisión de TES. Así, reiteró las reglas formales sobre condiciones y requisitos de emisión de los TES clase B destinados a financiar apropiaciones presupuestales y efectuar las operaciones temporales de tesorería de que trataba la Ley 51 de 1990.²¹⁵ El citado decreto definió que solo se requeriría: i) el

²¹¹ Historia de las leyes Legislatura, 1992, p. 297.

²¹² Artículo 161 de la Constitución (anterior a su modificación por el acto legislativo 01 de 2003): “Cuando surgieren discrepancias en las cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones accidentales que, reunidas conjuntamente, prepararán el texto que será sometido a decisión final en sesión plenaria de cada cámara. Si después de la repetición del segundo debate persisten las diferencias, se considerará negado el proyecto.”

Artículo 185 de la Ley 5 de 1992: “Las comisiones prepararán el texto que será sometido a consideración de las Cámaras en el término que les fijen sus Presidentes. Serán consideradas como discrepancias las aprobaciones de articulado de manera distinta a la otra Cámara, incluyendo las disposiciones nuevas.”

²¹³ “[...]o que sí es indudable es que las comisiones accidentales al conciliar los textos disímiles bien pueden introducirles las reformas que consideren convenientes o crear nuevos textos en reemplazo de esos artículos, siempre y cuando obtengan la aprobación de las Plenarias de las Cámaras y no se modifique sustancialmente el proyecto o se cambie su finalidad” Sentencia C-282 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²¹⁴ “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 6ª. de 1992, el Estatuto Tributario y se dictan otras disposiciones”.

²¹⁵ Artículo 13 del Decreto 1250 de 1992: CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS PARA EMISION DE TES CLASE "B": “Los TES clase ‘B’ para financiar apropiaciones presupuestales y para efectuar operaciones temporales de Tesorería, de que tratan los artículos 4o y 6o de la Ley 51 de 1990 tendrán las siguientes características y se sujetarán a los siguientes requisitos:

1. Podrán ser administrados directamente por la Nación o ésta podrá celebrar con el Banco de la República o con otras entidades nacionales o extranjeras, contratos de administración fiduciaria, y todos aquellos necesarios para la agencia, edición, emisión, colocación, garantía, administración o servicio de los respectivos títulos.

2. No contarán con garantía del Banco de la República.

concepto de la Junta Directiva del Banco de la República sobre las características de la emisión y sus condiciones financieras²¹⁶-lo cual hizo la Junta mediante una nueva descripción de condiciones generales sobre circulación y negociabilidad -²¹⁷, y ii) un decreto del Gobierno Nacional en el que se autorizara la emisión y se fijaran las características financieras y de colocación de los títulos – con base en el concepto de la Junta. Si bien esto no implicó una modificación a lo existente, es relevante anotar la inclusión de las facultades en este y otros decretos y leyes, en la medida en que mediante su reiteración en diferentes normas, se va reforzando su sustento legal.

En 1993, la Ley 80 -Estatuto de Contratación Administrativa- incluyó, como ya se mencionó, el párrafo segundo del artículo 41, en el que se ocupó de las operaciones de crédito por parte de la administración pública. Fue así como el citado párrafo reguló de manera general algunos aspectos sustanciales en materia de crédito público: i) definió qué se entiende por operaciones de crédito público²¹⁸; ii) señaló la facultad de las entidades estatales para celebrar

3. La emisión o emisiones de los TES clase "B" para financiar apropiaciones presupuestales, **no afectarán el cupo de endeudamiento del artículo 1º. de la Ley 51 de 1990 y Leyes que lo adicionen.** El monto de la emisión o emisiones se limitará al monto de la apropiación presupuestal que sea financiada con dicha fuente de recursos. En el caso de los TES "B" para efectuar operaciones temporales de Tesorería el monto de emisiones se fijará mediante el Decreto que la autorice.

4. El servicio de la deuda de los títulos de que trata este artículo, será apropiado en el Presupuesto General de la Nación.

5. Su emisión solo requerirá:

a) Concepto de la Junta Directiva del Banco de la República sobre las características de la emisión y sus condiciones financieras.

b) Decreto del Gobierno Nacional que autorice la emisión y fije las características financieras y de colocación de los títulos." (subraya fuera de texto)

²¹⁶ Las funciones de la Junta Directiva en la materia fueron ratificadas en la Ley 31 de 1.992, "Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones." En su artículo 16, literal c) estableció que la Junta Directiva del Banco de la República "podrá señalar mediante normas de carácter general, las condiciones financieras a las cuales deben sujetarse las entidades públicas autorizadas para adquirir o colocar títulos, con el fin de asegurar la realización de dichas operaciones en condiciones de mercado".

²¹⁷ Artículo 1 Resolución Externa No. 1 de 1993: (...) i) los títulos deben ser a la orden y libremente negociables en el mercado; ii) no pueden ser colocados con derecho de recompra anticipada; iii) no pueden emitirse con un plazo inferior a treinta días calendario; iv) pueden ser colocados en el mercado bien directamente o por medio de sistemas de oferta, remates o subastas con las instituciones financieras, los comisionistas de bolsa y las demás personas naturales o jurídicas que se señalen; v) las tasas de rentabilidad efectiva deben estar dentro de los límites que registre el mercado, según las directrices que establezca la Junta Directiva del Banco de la República, y vi) los títulos pueden ser colocados con descuento o prima sobre su valor nominal.

²¹⁸ (...) Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales, para efectos de la presente ley se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión,

“operaciones propias para el manejo de la deuda”²¹⁹; iii) estableció los requisitos formales, en términos de autorizaciones, para realizar operaciones de crédito público externo o interno y sus operaciones asimiladas²²⁰; iv) mantuvo las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus descentralizadas reguladas por las normas ya vigentes en el anterior Estatuto de Contratación, y dispuso los requisitos para la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública interna por parte de dichas entidades²²¹; y v) por último, en desarrollo del título del artículo 41 – Perfeccionamiento del contrato- dispuso que las operaciones a que se refiere dicho artículo y las conexas con ellas se contratarían en forma directa.

Si bien en materia de autorizaciones para la realización de operaciones de crédito interno de la Nación las modificaciones no fueron sustanciales frente a las normas anteriores, hay un punto que sí varió frente al Decreto 222, en el sentido de ampliar el margen de manejo del Gobierno. El Decreto 222 incluía un capítulo completo que regulaba las operaciones de empréstito y asimiladas – incluyendo aquí las emisiones de bonos- y fijaba el margen de competencia del Gobierno. El párrafo segundo del artículo 41 de la Ley 80, aunque estableció de igual manera una normas generales, relativizó la obligatoriedad de varios de los requisitos que la misma norma imponía²²², pues dispuso que “(...) el Gobierno Nacional,

suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales.(...)

²¹⁹ (...) tales como la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, cobertura de riesgos, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, así como las de capitalización con ventas de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen. (...)

²²⁰ (...) Cuando las operaciones señaladas en el inciso anterior se refieran a operaciones de crédito público externo o asimiladas, se requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que podrá otorgarse en forma general o individual, dependiendo de la cuantía y modalidad de la operación. Para la gestión y celebración de toda operación de crédito externo y operaciones asimiladas a éstas de las entidades estatales y para las operaciones de crédito público interno y operaciones asimiladas a éstas por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, así como para el otorgamiento de la garantía de la Nación, se requerirá la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previos los conceptos favorables del CONPES y del Departamento Nacional de Planeación.(...)

²²¹ (...) Las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus descentralizadas se regularán por las disposiciones contenidas en los Decretos 1222 y 1333 de 1986, que continúan vigentes, salvo lo previsto en forma expresa en esta Ley. En todo caso, con antelación al desembolso de los recursos provenientes de estas operaciones, éstas deberán registrarse en la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. De conformidad con las condiciones generales que establezca la autoridad monetaria, la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública interna de las entidades territoriales y sus descentralizadas requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y concepto previo favorable de los organismos departamentales o distritales de planeación, según el caso.(...)

²²² El inciso 4º del párrafo segundo consagró algunos controles previos así: “Para la gestión y celebración de toda operación de crédito externo y operaciones asimiladas a éstas de las entidades estatales y para las operaciones de crédito público interno y operaciones asimiladas a

mediante decreto reglamentario que expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 1993, con base en la cuantía y modalidad de las operaciones, su incidencia en el manejo ordenado de la economía y en los principios orgánicos de este Estatuto de Contratación, podrá determinar los casos en que no se requieran los conceptos mencionados, así como impartir autorizaciones de carácter general para dichas operaciones.(...)” Con esta disposición, la ley dejó en manos del ejecutivo la facultad de regular muchos de los aspectos que sí estaban consagrados, de manera expresa, en el anterior Estatuto de Contratación Administrativa.

En uso de esta facultad, el Gobierno expidió un decreto reglamentario que se constituyó en el marco regulatorio de referencia de las operaciones de crédito, el Decreto 2681 de 1993. La norma se ocupó de aspectos sustanciales, y tratándose de un decreto emitido por el Gobierno, el mismo adquirió la potestad de reglamentar tales aspectos posteriormente mediante el mismo mecanismo, esto es, mediante un decreto del Ejecutivo. Entre otros aspectos, el mismo definió las actividades que constituyen operaciones de crédito público -entre las cuales se encuentra la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública²²³, así como las operaciones asimiladas²²⁴, conexas²²⁵ y de manejo²²⁶, las cuales se

éstas por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, así como para el otorgamiento de la garantía de la Nación, se requerirá la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previos los conceptos favorables del CONPES y del Departamento Nacional de Planeación.”

²²³ Artículo 3º Decreto 2681 de 1993: “Son operaciones de crédito público los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago.

Dentro de estas operaciones están comprendidas, entre otras, la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de entidades estatales.

Para efectos de lo dispuesto en el presente decreto, las operaciones de crédito público pueden ser internas o externas.(...)”

²²⁴ Artículo 4º Decreto 2681 de 1993: “Los actos o contratos análogos a las operaciones de crédito público, mediante los cuales se contraigan obligaciones con plazo para su pago, se asimilan a las mencionadas operaciones de crédito público.

Dentro de los actos o contratos asimilados a las operaciones de crédito público se encuentran los créditos documentarios, cuando el banco emisor de la carta de crédito otorgue un plazo para cubrir el valor de su utilización y la novación o modificación de obligaciones, cuando la nueva obligación implique el otorgamiento de un plazo para el pago.

A las operaciones de crédito público asimiladas con plazo superior a un año, les serán aplicables las disposiciones relativas a las operaciones de crédito público, según se trate de operaciones internas o externas y la entidad estatal que las celebre. En consecuencia, las operaciones de crédito público asimiladas con plazo igual o inferior a un (1) año, están autorizadas por vía general y no requerirán los conceptos mencionados en el parágrafo 2o. del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.”

²²⁵ Artículo 6º Decreto 2681 de 1993: “Se consideran conexas a las operaciones de crédito público, a las operaciones asimiladas o a las de manejo de la deuda pública, los actos o contratos relacionados que constituyen un medio necesario para la realización de tales operaciones.

Son conexas a las operaciones de crédito público, entre otros, los contratos necesarios para el otorgamiento de garantías o contragarantías a operaciones de crédito público; los contratos de edición, colocación, incluida la colocación garantizada, fideicomiso, encargo fiduciario, garantía y administración de títulos de deuda pública en el mercado de valores, así como los contratos para la

someten a la misma regulación. Además, en su sección tercera se incluyeron normas sobre la emisión de títulos de deuda pública²²⁷, y en su artículo 19 se ordenó que para la emisión de títulos de deuda pública interna a nombre de la Nación se requiere de la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual debe estar precedida de un concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social y sólo para el caso de emisiones en el extranjero con plazo superior a un año, de concepto de la Comisión de Crédito Público²²⁸.

En el mismo sentido, la ley 185 de 1995 consagró la necesidad de obtener el concepto previo de la Comisión de Crédito Público para las operaciones de deuda allí contempladas.

De acuerdo con lo anterior, las emisiones de títulos de endeudamiento público por parte del Gobierno deberían contar con la participación y aprobación tanto del

calificación de la inversión o de valores, requeridos para la emisión y colocación de tales títulos en los mercados de capitales.

Igualmente son conexos a operaciones de crédito público, a las operaciones asimiladas a éstas o a las de manejo de la deuda, los contratos de intermediación necesarios para llevar a cabo tales operaciones y los de asistencia o asesoría necesarios para la negociación, contratación, o representación de la entidad estatal en el exterior que deban realizarse por personas o entidades expertas en estas materias.

Las operaciones conexas se contratarán en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos.”

²²⁶ Artículo 5º Decreto 2681 de 1993: “Constituyen operaciones propias del manejo de la deuda pública las que no incrementan el endeudamiento neto de la entidad estatal y contribuyan a mejorar el perfil de la deuda de la misma. Estas operaciones, en tanto no constituyen un nuevo financiamiento, no afectan el cupo de endeudamiento.

Dentro de las anteriores operaciones se encuentran comprendidas, entre otras, la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión o intercambio, sustitución, compra y venta de deuda pública, los acuerdos de pago, el saneamiento de obligaciones crediticias, las operaciones de cobertura de riesgos, la titularización de deudas de terceros, las relativas al manejo de la liquidez de la Dirección del Tesoro Nacional y todas aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen.”

²²⁷ Artículo 18 del Decreto 2681 de 1993: “Títulos de deuda pública. Son títulos de deuda pública los bonos y demás valores de contenido crediticio y con plazo para su redención, emitidos por las entidades estatales.

No se consideran títulos de deuda pública los valores que, en relación con las operaciones del giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, emitan los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, con excepción de los que se coloquen en el mercado externo, los cuales requerirán autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La colocación de los títulos de deuda pública se sujetará a las condiciones financieras de carácter general que señale la Junta Directiva del Banco de la República.”

²²⁸ Artículo 19 del Decreto 2681 de 1993: “Títulos de deuda pública de la Nación. La emisión y colocación de títulos de deuda pública a nombre de la Nación requerirá autorización, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con lo siguiente:

- a) Concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes; y,
- b) Concepto de la Comisión de Crédito Público si se trata de títulos de deuda pública externa con plazo superior a un año.”

CONPES, como de la Comisión de Crédito Público, para los casos de endeudamiento exterior con plazos superiores a un año. Sin embargo, es importante resaltar el carácter puramente formal de estos requisitos, por las siguientes razones. En primer lugar, tratándose de operaciones con plazos superiores a un año, se observa que el decreto no trae ningún tipo de limitación a la posibilidad de efectuar operaciones consecutivas –factibles en particular en materia de emisión de títulos- por plazos que, sumados, superen el año. Esto se debe analizar en conjunto con la regla según la cual los mismos decretos de emisión incluyen la facultad del Gobierno de recomprar los títulos emitidos, lo cual puede permitir readquirir aquellos que no hayan sido colocados antes de vencerse el plazo de un año²²⁹.

Un segundo aspecto concerniente a la capacidad de control del Congreso radicaba en la capacidad de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público²³⁰ para, en la práctica, vetar al Gobierno en los trámites de consecución de deuda.

²²⁹ Ver por ejemplo el artículo 2º del Decreto 4732: “el plazo (...)deberá ser superior a treinta (30) días calendario e inferior a un (1) año.

La autorización conferida en este artículo comprende también la facultad de emitir nuevos “Títulos de Tesorería –TES- Clase B” para reemplazar los que se amorticen por redención o recompra hasta por la cuantía anteriormente señalada.

²³⁰ Mediante la Ley 123 de 1959 se creó la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público con el fin de que asesorara al Gobierno Nacional en temas de endeudamiento. Posteriormente, la Ley 18 de 1970, además de ampliar las autorizaciones de endeudamiento, reguló el funcionamiento de la Comisión Interparlamentaria. Al respecto, dicha norma estableció que para que los contratos de crédito externo fueran válidos, la Comisión de Crédito Público debía ser convocada e informada por el Gobierno.

La Ley 5 de 1992 -reglamento del Congreso- definió las funciones Comisión Interparlamentaria de Crédito Público bajo la nueva Carta. Entre ellas se destacan la de presentar informes sobre las operaciones de crédito externo autorizadas por ley al Gobierno -quién convocara previamente a la comisión para informarla-, y la de rendir informes sobre los correctivos que deban tomarse cuando, a juicio de la Comisión, el Gobierno esté comprometiendo la capacidad del país para atender la deuda exterior más allá de límites razonables o cuando las condiciones de los empréstitos sean gravosas e inaceptables. La Comisión debe desempeñar además las funciones que le asignen las leyes vigentes, en especial aquellas consagradas en las leyes 123 de 1959, 18 de 1970 y 51 de 1989.

En 1993, la Ley 80, en el inciso 5 del párrafo segundo del artículo 41, indicó que todas las operaciones de crédito público externo de la Nación con plazo superior a un año requieren de concepto de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público. Más adelante, la Ley 185 de 1995 estableció que para los efectos del concepto requerido por la Ley 80 de 1993, se entendería que la Comisión Interparlamentaria emite un concepto previo que permite al Gobierno iniciar las gestiones de las operaciones de crédito público y un concepto definitivo para hacer efectivas cada operación en particular. La misma norma determinó expresamente que para el caso de las emisiones, suscripciones y colocaciones de bonos y otros títulos valores, la Comisión emitirá su concepto por una sola vez.

Según la ley en el caso de que el Gobierno no cuente con los correspondientes recursos internos “sanos” en moneda colombiana, entendidos como no inflacionarios por sí solos, que complementen el gasto en dólares, la Ley 18 de 1970 dispuso, en su artículo 3, que no se podrían celebrar los respectivos contratos de crédito externo²³⁰. Esta misma ley facultó a la Comisión para emitir concepto negativo vinculante para el Gobierno en este sentido. Con ello se le otorgó un efectivo control de veto a la capacidad del Gobierno para contratar empréstitos de deuda externa.

Esto se debía a que las leyes reguladoras de la Comisión establecían que el concepto de la Comisión Interparlamentaria era requisito necesario para proceder a contratar los empréstitos o a la colocación de bonos de deuda externa sin importar que dicho concepto fuera positivo o negativo. El requisito se cumplía con la simple manifestación del Congreso en cualquier sentido. Sin embargo, resultaba claro que el Congreso podía utilizar estas normas para influir en las políticas de endeudamiento externo del Gobierno. Bastaba con no proferir el concepto para impedir que el contrato de empréstito o la colocación de bonos en el exterior se realizara.

Estos vacíos legales fueron subsanados en el año 2005, en el que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definió el procedimiento bajo el cual se adelantarían en el futuro los trámites de obtención de conceptos de la Comisión por parte del Gobierno²³¹. En este decreto, el Gobierno estableció un procedimiento más expedito para efectos de la convocatoria a la Comisión, pasando de un término de antelación de quince a ocho días corrientes – lo que implica en el mejor de los casos cinco días hábiles-, la cual se podría prorrogar por una sola vez, a discreción de la administración, por diez días hábiles más. Se estableció igualmente que a la convocatoria se adjuntaría la documentación soporte de la solicitud respectiva, y que se establecería “el tiempo estimado para cumplir con el objeto de la misma”. A este procedimiento expedito se sumaron dos disposiciones adicionales: en caso de que la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público no rinda concepto, habiendo sido convocada previamente y suministrada la información a que hace referencia el presente decreto, se dará por cumplido el requisito²³²; y, en cualquier caso, el Ministerio de Hacienda determinó que los conceptos de la Comisión no tienen carácter vinculante^{233 y 234}. Así, en la práctica, se redujo sensiblemente el rol de la Comisión frente a las competencias del Gobierno en materia de operaciones de endeudamiento.

²³¹ Decreto 2757 de 2005, “Por el cual se reglamentan los trámites y la convocatoria por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público para que emita concepto”.

²³² Artículo 7º Decreto 2757 de 2005

²³³ Artículo 9º Decreto 2757 de 2005

²³⁴ Se advierte que en agosto de 2005 se presentó al Congreso el Proyecto de Ley No. 102, Proyecto de Ley orgánica “Por el cual se (...) suprime la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público”, la cual fue archivada en segundo debate en la Cámara de Representantes el 15 de agosto de 2006.

4.3 Segundo Incentivo al Mayor Uso de los Mecanismos de Endeudamiento: la Reducción en los Límites Objetivos al Monto de Deuda Pública

La fijación de límites objetivos, cuantitativos, al endeudamiento, ha sido claramente una preocupación reflejada en la regulación. Así, aunque las normas en materia de contratación administrativa no sean el escenario adecuado para ello, los anteriores estatutos de contratación incluían reglas diferenciales dependiendo de los montos a comprometer por medio de la respectiva operación²³⁵. En lo que atañe a las entidades territoriales y descentralizadas esta preocupación se evidencia en la regulación, no siendo así en cuanto a endeudamiento de la Nación.

En primer término, es el Congreso quien fija el cupo de endeudamiento del Gobierno mediante ley. El cupo de endeudamiento es la autorización otorgada por el legislativo al monto global de deuda tanto interna como externa que puede adquirir el Gobierno Nacional. Dentro de las consideraciones que debe tener en cuenta el Congreso al momento de establecer este monto están tanto las solicitudes hechas por el Gobierno, como los saldos existentes por los cupos autorizados en vigencias anteriores.

Sin embargo, en forma paralela al fortalecimiento de las facultades del Gobierno para decidir sobre las emisiones de títulos de deuda pública, se han establecido, vía regulación, diferentes figuras y mecanismos que hacen relativa la eficacia de la fijación del cupo de endeudamiento.

La primera excepción al cumplimiento de las normas sobre límites al endeudamiento se incluyó en el artículo 13 del Decreto reglamentario 1250 de 1992²³⁶. En el citado artículo se señala que las emisiones de los TES, destinadas a financiar apropiaciones presupuestales, no afectan el cupo de endeudamiento del Gobierno, de manera que su monto solo está limitado por las partidas a financiar, lo cual equivale a que en la práctica no haya límite alguno.

Posteriormente, en el ya citado Decreto 2681- reglamentario del artículo 41 de la Ley 80 o Estatuto de Contratación Administrativa- se estableció que las “operaciones de manejo de la deuda pública” no constituyen un nuevo financiamiento, y, por lo tanto, no afectan el cupo de endeudamiento, “entendiendo por operaciones de manejo de la deuda figuras tales como la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión o intercambio, sustitución, compra y venta de deuda pública, los acuerdos de pago, el saneamiento de obligaciones crediticias, las operaciones de cobertura de riesgos, la titularización de deudas de terceros, las relativas al manejo de la liquidez de la

²³⁵ Artículos 113 y 114 Decreto 150 de 1976, y artículos 226 y 231 Decreto 222 de 1983.

²³⁶ Ver cita 11.

Dirección del Tesoro Nacional y todas aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen.”

Siguiendo estos lineamientos, las leyes anuales del presupuesto introdujeron de manera consistente artículos que autorizan al Gobierno a emitir TES clase B para financiar partidas presupuestales, sin afectar el cupo de endeudamiento. Por ejemplo, en el artículo 12 de la Ley 88 de 1993 -Presupuesto para el año 1994-, se autorizó la emisión de estos títulos para cubrir las apropiaciones de ese año. El límite de la emisión fue el de las apropiaciones a financiar. Textualmente, la ley determinaba el límite de la emisión de la siguiente manera: “su emisión no afectará el cupo de endeudamiento y estará limitada, para las destinadas a financiar las apropiaciones presupuestales, por el monto de éstas”.²³⁷ Posteriormente, en la Ley 168 de 1994 -Presupuesto para el año 1995-, el artículo 10 reiteró la autorización de emisión de TES B en los mismos términos. De hecho, esta norma sobre la emisión de TES B se repite en las leyes de presupuesto de todos los años.²³⁸

El análisis de esta situación se debe complementar con la revisión de las facultades de las que goza el Congreso sobre la ley anual del presupuesto, las cuales son muy limitadas. Su potestad en la materia se limita a la consagrada en el artículo 63 del Decreto 111 de 1996, según el cual el Congreso puede eliminar o reducir partidas de gastos del proyecto de presupuesto que no sean expresamente exceptuadas por dicha norma -servicio de la deuda pública, obligaciones contractuales del Estado, atención de los servicios de la administración, el Plan Operativo de Inversiones, e inversiones públicas²³⁹. Por otra parte, dado que los

237 “ARTÍCULO 12. El Gobierno Nacional podrá emitir títulos de Tesorería, TES, Clase B con base en la facultad de la Ley 51 de 1990 de acuerdo con las siguientes reglas: no contarán con la garantía solidaria del Banco de la República; el estimativo de los ingresos producto de su colocación se incluirá en el Presupuesto General de la Nación como recursos de capital, con excepción de los provenientes de la colocación de títulos para operaciones temporales de tesorería; sus rendimientos se atenderán con cargo al Presupuesto General de la Nación; su redención se atenderá con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación, con excepción de las operaciones temporales de tesorería cuyo monto de emisión se fijará en el decreto que las autorice; podrán ser administrados directamente por la Nación; podrán ser denominados en moneda extranjera; su emisión sólo requerirá del decreto que la autorice y fije sus condiciones financieras; su emisión no afectará el cupo de endeudamiento y estará limitada, para las destinadas a financiar las apropiaciones presupuestales por el monto de éstas.”

²³⁸ Además de las normas ya mencionadas, ver: Artículo 5 de la Ley 331 de 1996, artículo 5 de la Ley 413 de 1997, artículo 5 de la Ley 482 de 1998, artículo 5 de la Ley 547 de 1999, artículo 6 de la Ley 628 de 2000, artículo 5 de la Ley 714 de 2001, artículo 7 de la Ley 782 de 2002, artículo 7 de la Ley 843 de 2003, artículo 6 de la Ley 921 de 2004, artículo 8 de la Ley 998 de 2005 y artículo 10 de la Ley 1110 de 2006.

²³⁹ Artículo 63 del Decreto 111 de 1996: “El Congreso podrá eliminar o reducir las partidas de gastos propuestas por el Gobierno, con excepción de las que se necesitan para el servicio de la deuda pública, las demás obligaciones contractuales del Estado, la atención completa de los servicios ordinarios de la administración, las autorizadas en el Plan Operativo Anual de Inversiones y los planes y programas de que trata el numeral 3o. del artículo 150 de la Constitución (Ley 38/89,

ingresos provenientes de la emisión de los títulos de deuda hacen parte de los recursos de capital -según lo indicado en las leyes anuales del presupuesto- el Congreso no puede afectar dichos cómputos sin la autorización previa del Ministro de Hacienda, de conformidad con el artículo 62 del Decreto 111 de 1996²⁴⁰- Estatuto Orgánico de Presupuesto. En consecuencia, el Congreso no puede ejercer un control efectivo sobre la ley que aprueba, lo que facilita que en el proyecto de ley de presupuesto se incluyan las autorizaciones de emisión de TES clase B como deuda que no afecta el cupo de endeudamiento.

En idéntico sentido, las leyes mediante las cuales el Congreso fija los cupos de endeudamiento -Ley 533 de 1999, Ley 781 de 2003- han replicado la misma disposición, y el Consejo de Estado ha avalado la situación antes descrita y, en sentencia del 26 de octubre del año 2000, estableció que el Gobierno sólo requiere proferir un decreto para proceder a la emisión de TES clase B²⁴¹.

Una segunda excepción al cumplimiento de las normas sobre límites al endeudamiento la constituye la facultad del Congreso - utilizada de manera reiterada- de otorgar cupos de endeudamiento adicionales a los fijados en las leyes ya citadas.

Es preciso indicar que la Ley 185 de 1995, en su artículo 1º, aumentó el cupo de endeudamiento de la Nación y autorizó el endeudamiento interno hasta el mismo monto, salvo las diversas -tal es la expresión de la ley- a las que expresamente autoricen otras leyes²⁴². Es así como a partir de esta ley, el Congreso, mediante

artículo 48, Ley 179/94 artículo http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0179_94.HTM - 55 inciso 1o.)”

240 Artículo 62 del Decreto 111 de 1996: “Los cómputos del Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital que hubiese presentado el Gobierno con arreglo a las normas del presente estatuto, no podrán ser aumentados por las comisiones constitucionales del Senado y Cámara de Representantes. ni por las cámaras, sin el concepto previo y favorable del Gobierno, expresado en un mensaje suscrito por el Ministro de Hacienda y Crédito Público (Ley 38/89, artículo 46, Ley 179/94, artículo 55, inciso 20).

²⁴¹ “A la luz de los preceptos con antelación transcritos, resulta a todas luces claro que correspondía al Gobierno la atribución atinente al señalamiento de las condiciones financieras de los papeles (plazo, ley de circulación, tasa asociada, sistemas de colocación, valoración de unidades y otras características financieras por esencia mutables, en tanto su determinación obedece a las condiciones del mercado para la época de la emisión). La competencia al efecto no ofrece duda, pues con base en la facultad conferida por la Ley 51 de 1.990, en la Ley de Presupuesto para la vigencia fiscal de 1999, Ley 482 de 1.998, se autorizó expresamente al Gobierno Nacional para fijar las condiciones financieras de los Títulos de Tesorería -TES- Clase “B”, señalando que **su emisión solo requerirá del decreto que la autorice y fije sus condiciones financieras**” (artículo 5º). (Negrillas dentro del texto original). Sentencia Consejo de Estado, 26 de octubre de 2000, Radicado Interno 5900, Consejera Ponente Olga Inés Navarrete Barrero.

²⁴² Artículo 1 de la ley 185 de 1995: “Amplíanse en \$450.000.000.oo las autorizaciones concedidas al Gobierno Nacional por el artículo 1o. de la Ley 51 de 1990 y leyes anteriores, para celebrar operaciones de crédito público interno, diversas a las expresamente autorizadas por otras leyes, destinadas a financiar apropiaciones presupuestales, programas y proyectos de desarrollo

cualquier ley -incluso las anuales de presupuesto-, puede autorizar la expedición de títulos de deuda interna que expresamente no afecten el cupo de endeudamiento fijado por él mismo.

Por último, vale la pena resaltar la figura establecida en la Ley 344, de acuerdo con la cual los pasivos resultantes de las condenas y conciliaciones judiciales proferidas en contra de la Nación se pueden convertir de manera automática en deuda financiable mediante la emisión de títulos. Así, la Ley 344 de 1996 dispuso, en su artículo 29, que el Gobierno puede llegar a acuerdos con los particulares para que el pago de las acreencias producto de condenas y conciliaciones judiciales proferidas en contra de la Nación se realice mediante la emisión de bonos con condiciones similares a las de los TES a favor del acreedor²⁴³. El decreto reglamentario de dicha ley –Decreto 2126 de 1997- supeditó la emisión de dichos TES a la ratificación de la Dirección de Crédito Público e indicó que las condiciones financieras de los mismos corresponderían a aquellas que rigieron la última emisión de TES clase B²⁴⁴.

económico y social, y a garantizar operaciones de crédito público interno.” (Subrayas fuera de texto)

243 Artículo 29 de la Ley 344 de 1996: “El Ministro de Hacienda podrá reconocer como deuda pública las sentencias y conciliaciones judiciales. Cuando las reconozca, las podrá sustituir y atender, si cuenta con la aceptación del beneficiario, mediante la emisión de bonos en las condiciones de mercado que el gobierno establezca y en los términos del Estatuto Orgánico del presupuesto.”

244 Artículo 5 Decreto 2126 de 1997: “Reconocimiento de sentencias y conciliaciones judiciales mediante Bonos: Cuando el Ministerio de Hacienda y Crédito Público opte por reconocer como deuda pública las sentencias y conciliaciones judiciales en contra de la Nación y de los establecimientos públicos del orden nacional, las podrán pagar mediante la emisión de bonos en condiciones de mercado siempre y cuando cuente con la aceptación del beneficiario.

Sujeta a la posterior ratificación por parte de la Dirección General de Crédito Público y antes de la expedición de la resolución que haga el reconocimiento de deuda pública y ordene la emisión de los bonos, la entidad responsable del cumplimiento de la sentencia o conciliación judicial formulará una oferta al beneficiario del pago para que manifieste si acepta o no el pago mediante bonos por el valor total o parcial de la suma a cancelar.

El beneficiario que desee recibir el pago mediante bonos deberá aceptar la oferta por escrito dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío del requerimiento, expresando en forma clara y precisa el monto máximo que acepta recibir mediante bonos. Vencido el término para contestar el requerimiento sin que el beneficiario haya manifestado su voluntad de recibir bonos, se entenderá que no ha aceptado.

PARÁGRAFO 1. Para el reconocimiento de las sentencias y conciliaciones judiciales como deuda pública y su pago mediante la emisión de los bonos, se deberán tener en cuenta los efectos de la emisión en el mercado de títulos de deuda pública de la Nación. Las condiciones financieras de los bonos serán las determinadas en la última subasta de títulos de tesorería -TES- Clase B, previa al requerimiento.

Los bonos que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emita en desarrollo de lo previsto en este artículo, podrán ser administrados directamente por la Nación o ésta podrá celebrar con el Banco de la República o con otras entidades nacionales o extranjeras contratos de administración fiduciaria y todos aquellos necesarios para la agencia, administración y/o servicio de los respectivos títulos, en los cuales se podrá prever que la administración de los mismos y de los cupones que representan sus rendimientos se realice a través de depósitos centralizados de valores.

4.4 Tercer Incentivo al Mayor Uso de los Mecanismos de Endeudamiento: la pérdida de Influencia de los Exportadores en la Política Económica

Otro factor que dio lugar a una reducción importante en el costo de acceder a recursos de crédito por el Gobierno, en particular de crédito externo, fue la pérdida de influencia del gremio cafetero en la política económica. Según Hommes (1998) ese gremio, motivado por el interés de impedir que el Gobierno incurriera en déficit fiscales altos que condujeran, a través de un mayor endeudamiento externo, a una apreciación real de la tasa de cambio, ejercían una presión fundamental a favor de la disciplina fiscal.

Los cafeteros, a través de la Federación Nacional de Cafeteros, podían en su calidad de productores del principal bien de exportación del país, ejercer presión sobre el Gobierno para el control del déficit fiscal. A eso se sumaba la inexistencia de una asociación fuerte de consumidores, de una agrupación poderosa de importadores o un partido político que se opusiera a esta situación (Hommes, 1998, p. 110). Su poder se manifestaba en su influencia en el nombramiento del Ministro de Hacienda, quien detentaba hasta antes de la nueva constitución un gran poder en materia monetaria y cambiaria.

En los años noventa, en la medida en que el café perdió importancia como producto de exportación del país, y la apertura económica aumentó la importancia de los bienes importados en el consumo doméstico, la influencia de los cafeteros en la política económica disminuyó, lo que redujo los costos del Gobierno de incurrir en déficit.

PARÁGRAFO 2. Cuando en desarrollo de lo previsto en este artículo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público opte por reconocer como deuda pública de la Nación las sentencias y conciliaciones judiciales de los establecimientos públicos del orden nacional, éstos celebrarán acuerdos de pago en los cuales se establecerán los términos y condiciones para reintegrar a la Nación las sumas reconocidas a través de los bonos previstos en este decreto”.

5. CONCLUSIÓN

La constitución de 1991 introdujo cambios fundamentales en la institucionalidad fiscal colombiana. Esos cambios no se limitaron a la introducción de artículos que le impusieron limitaciones al gobierno en el uso de sus rentas o que crearon nuevos gastos, en los que la mayoría de los estudios han concentrado la atención; por el contrario esos cambios modificaron de manera radical los costos relativos de los distintos instrumentos de política hasta el punto de crear una nueva constitución fiscal.

En lo fundamental, la mayoría de reglas introducidas por la Constitución en materia fiscal, entendida ésta en un sentido amplio, podrían calificarse como reglas de corte liberal clásico,²⁴⁵ dirigidas a imponerle límites al poder del Ejecutivo, ausentes en el anterior régimen constitucional. La nueva constitución introdujo reglas que le restaron al Gobierno capacidad para afectar el valor de la moneda, decretar tributos y gasto sin la aprobación del Congreso, e incumplir con sus obligaciones.²⁴⁶

Hasta la expedición de la constitución de 1991, el Gobierno dispuso de un importante arsenal de instrumentos que le otorgaban un amplio margen de maniobra sobre la política fiscal. En materia monetaria el Gobierno contaba con capacidad para hacer uso de la emisión como fuente regular de financiamiento; disponer de ingresos provenientes de las operaciones de cambio de divisas; y obtener ingresos importantes por concepto de señoreaje.

En materia tributaria el Gobierno gozaba de amplias facultades para crear y modificar de manera directa tributos de carácter permanente mediante la expedición de decretos dictados al amparo de estados de emergencia económica o en uso de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso. Tales facultades no estaban expuestas a mayor control por parte de las Altas Cortes, en la medida en que éstas privilegiaban una interpretación amplia del alcance de las facultades del Gobierno y ejercían un control puramente formal del procedimiento de expedición de los decretos. De otra parte, desde la reforma constitucional de 1968 el Gobierno gozó de amplias facultades para modificar en forma autónoma elementos sustanciales del impuesto de aduanas.

²⁴⁵ Respecto de ese tipo de reglas, ver Buchanan (1994).

²⁴⁶ Tales reglas coinciden, incluso, con reglas introducidas en algunos estados modernos desde finales del siglo diecisiete que ayudaron a darle credibilidad al Poder Ejecutivo en materia fiscal. Así, por ejemplo, en Inglaterra, como resultado de la Revolución Gloriosa, que introdujo contrapesos al poder real, el parlamento obtuvo un rol permanente de control y aprobación de los gastos y las fuentes de financiamiento; y se creó un poder judicial independiente con capacidad para hacer exigible a la corona el cumplimiento de sus acreencias. (North, Weingast. 1999, ps. 161-165)

Antes de la constitución de 1991 el Gobierno tenía también bastantes prerrogativas con respecto al manejo del gasto: (i) el Ministro de Hacienda era, en la práctica, mediante los Acuerdos de Obligaciones, quien autorizaba el presupuesto; (ii) el Gobierno tenía la potestad para decretar gasto cuando el Congreso no estaba sesionando; (iii) la metodología de cálculo de las transferencias a las entidades territoriales le daba al Gobierno un margen de discrecionalidad importante para determinar la asignación de gasto; (iv) el Ejecutivo podía reducir los salarios de los servidores públicos como medida de ajuste fiscal; y (v) los costos de terceros para hacer exigibles los compromisos legales y contractuales de la Administración eran elevados.

Esas capacidades se redujeron de forma drástica en el nuevo arreglo institucional. En materia monetaria (i) se prohibió el uso de la Cuenta Especial de Cambios; (ii) se expidió una reglamentación para la aprobación de créditos al Gobierno por parte del emisor que redujo su acceso a los mismos a una posibilidad teórica; (iii) se estableció que la compra de títulos de deuda pública sólo podía realizarse mediante operaciones de mercado abierto; y (iv) los recursos por señoreaje desaparecieron como fuente de financiamiento del Gobierno.

En lo relacionado con los tributos, en el nuevo régimen (i) se dispuso que las tarifas del impuesto de aduanas solo podrían variarse por razones de política comercial; (ii) se establecieron requisitos de fondo más estrictos para las medidas adoptadas bajo estados de emergencia económica y se dispuso que los tributos creados o modificados bajo su amparo tenían carácter temporal; y (iii) la Corte Constitucional empezó el ejercicio de controles tanto de forma como de fondo sobre dichos decretos.

Con respecto a la capacidad de decisión del Gobierno en materia de gasto (i) el Ministro de Hacienda perdió la capacidad de definir las autorizaciones de gasto en la medida en que la Ley 38 de 1989, la cual fue compilada junto con otras normas en el actual Estatuto Orgánico de Presupuesto, eliminó la figura de los Acuerdos de Obligaciones; (ii) la Corte Constitucional restringió la discrecionalidad del Gobierno para reducir salarios como mecanismo de ajuste fiscal; (iii) se aumentó la base de cálculo de las transferencias y se limitó de manera significativa la capacidad del Gobierno para afectarla; y (iv) a partir de la constitución de 1991, la acción de tutela redujo los costos de iniciar acciones judiciales en contra del Gobierno y generó mecanismos más coercitivos de cumplimiento de las obligaciones a cargo del Ejecutivo, incluyendo obligaciones de alto contenido prestacional.

En contraste con el extenso desarrollo de restricciones al poder de decisión del ejecutivo descrito arriba, la nueva constitución no introdujo límites procedimentales ni numéricos al endeudamiento del Gobierno. La Asamblea Nacional Constituyente no se ocupó de manera específica del tema y se limitó a establecer un principio de carácter general en términos de la capacidad de pago de la Nación

y los entes territoriales. Tanto antes como después de la expedición de la constitución de 1991, las reglas en la materia fueron expedidas desde una óptica puramente jurídica de regulación contractual, mediante la fijación de normas para el contrato de empréstito.

Esta ausencia de reglas constitucionales en materia de deuda pública le ha permitido al Gobierno promover, a un costo relativo menor con respecto a temas como el de las transferencias territoriales, la expedición de leyes y decretos que relajan los controles que tiene a ese respecto. El resultado ha sido una disminución progresiva de los controles a la capacidad del Gobierno para emitir y colocar títulos de deuda pública interna, que constituyen hoy su principal fuente de crédito. En la práctica, las normas sobre emisión de Títulos de Tesorería (TES) han otorgado amplias facultades al Gobierno para realizar operaciones de crédito de manera autónoma. Así, en contravía con la posición desinteresada en la que deben estar quienes definen las reglas de orden constitucional de las que hablan tanto Rawls, como Buchanan, la constitución fiscal en Colombia está, en lo que atañe a uno de sus temas más fundamentales -el financiamiento del gasto- expuesta a la manipulación de quien se supone es el principal sujeto de las restricciones.

Los efectos de la reducción en los costos de la emisión de deuda fueron reforzados por la pérdida de influencia en la política económica de los gremios de exportadores, en particular del gremio cafetero, que hasta los años 80 ejercieron una presión determinante a favor de la disciplina fiscal, con el ánimo de evitar reducciones en la tasa de cambio real.

Esa combinación de reglas fiscales de corte liberal clásico, con la ausencia de restricciones al endeudamiento, configuró una constitución fiscal que redujo el precio relativo del acceso a recursos de crédito y estimuló el gasto con cargo a deuda.

6. BIBLIOGRAFÍA

Academia Colombiana de Historia. Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886. Bogotá D.C.: Editorial Plaza Janés, 1983.

Alesina Alberto. “Disciplina fiscal e instituciones presupuestales.” En: Hacia el rediseño del Estado. Gandour Pordominsky, Miguel y Mejía Guinand, Luis Bernardo (Eds.). Bogotá D.C.: Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda, 1998. 107– 121.

Alesina, Alberto; Hausmann, Ricardo; Hommes, Rudolf y Stain, Ernesto. “Budget institutions and fiscal performance in Latin America.” En Journal of Development Economics. Vo. 59, tomo 2 (1999): 253-273.

Alesina, Alberto y Perotti, Roberto. “Fiscal Discipline and the Budget Process” En: The American Economic Review, Vol. 86, No. 2 (1996): 401-407.

Alivar Ramírez, Oscar y Rojas Hurtado, Fernando. Elementos de las finanzas públicas en Colombia. Bogotá: Editorial Temis, 1985.

Alonso, Julio Cesar; Fainboim, Israel y Olivera, Mauricio y. La sostenibilidad de la política fiscal en América Latina: El caso de Colombia. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo – Fedesarrollo, Documento de Trabajo R-319, 1998.

Alzate Pérez, Olga Virginia. “Interpretación jurisprudencial de las normas constitucionales tributarias”. En Derecho Tributario (segunda edición). Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1999. 89-130.

Arango Londoño, Gilberto. Estructura económica colombiana (novena edición). Bogotá D.C.: Editorial Mc. Graw Hill, 2000.

Arango, Luis Eduardo y Posada, Carlos Esteban. “Los salarios de los funcionarios públicos en Colombia (1978-2005)”. En Borrador de economía No. 417 (2006).

Armenta, Armando; Fernández, Andrés y Sánchez, Fabio. Historia monetaria de Colombia en el siglo XX: Grandes tendencias y episodios relevantes. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, Documento CEDE 2005-30, 2005.

Arias Amaya, Camilo A.; Abú Fager Sáenz, Nayid; Cortés Nieto, Johanna del Pilar; González Valencia, Ana María; Kurmen de la Cruz, Alexandra; Luna de Aliaga, Beatriz E.; Manrique, José Ignacio; Prieto Ríos, Enrique Alberto, y Pulido, Diana Carolina. “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En: Borradores de Investigación No. 43. Bogotá D.C.: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005. 51-76.

Avella Gómez, Mauricio. “El papel amortiguador de la deuda pública interna durante la gran depresión, 1929-1934”. En Borradores de economía No. 270 (2003).

Avella Gómez, Mauricio. Hacienda pública, moneda y café. El papel protagónico de Alfonso Palacio Rudas (primera edición). Bogotá D.C.: Común presencia editores, 2000.

Bernal R., Joaquín. “La política fiscal en los años ochenta.” En Ensayos sobre política económica No. 19 (1991): 7-42

Berthel Jenny, Gómez Miguel, Rincón Hernán. “Balance Fiscal Estructural y Cíclico del Gobierno Nacional Central de Colombia, 1980-2002” en Borradores de Economía Número 246. (2003).

Buchanan, James M. “The Power to Tax” en The collected works of James M. Buchanan Vol. 9. Indianapolis: Liberty Fund Inc, 2000.

Carrasquilla, Alberto. Estabilidad y gradualismo: Ensayos sobre economía colombiana. (primera edición) Bogotá D.C Editorial Tercer Mundo 1999.

Buchanan, James M. “Public principles of public debt. A defense and restatement”. En The collected works of James M. Buchanan Vol. 2. Indianapolis: Liberty Fund Inc, 1999.

Buchanan, James M. y Wagner, Richard “Democracy in deficit. The political legacy of Lord Keynes”. En The collected works of James M. Buchanan Vol. 8. Indianapolis: Liberty fund Inc, 2000.

Cepeda, Manuel José. La Constitución que no fue y el significado de los silencios constitucionales (primera edición). Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes y El Áncora Editores, 1994.

Clavijo, Sergio. “Fallos y fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1991-2000.” En Borradores de economía No. 173 (2001).

Clavijo, Sergio. Impuestos, gasto público y ‘fiscalizadores creíbles’: breve historia de las comisiones de finanzas públicas en Colombia. Documento CEDE No. 98-02. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, 1998.

Clavijo, Sergio. Política fiscal y Estado en Colombia (primera edición). Bogotá D.C.: Banco de la República – Ediciones Uniandes, 1998.

Coase, Ronald H. The Firm, The Market and the Law Chicago. The University of Chicago Press, 1988.

Cukierman, Alex. Central Bank Independence and Policy Results: Theory and Evidence. Discurso preparado para la conferencia: "Stability and Economic Growth: The Role of the Central Bank", México D.F., noviembre 14 y 15 de 2005.

Echeverry, Juan Carlos; Fergusson, Leopoldo; Querubín Pablo. La batalla política por el presupuesto de la nación: inflexibilidades o supervivencia fiscal. En Documentos Cede 2004-01. (2004)

Echeverry, Juan Carlos; Fergusson, Leopoldo; Querubín Pablo. La batalla política por el presupuesto de la nación: inflexibilidades o supervivencia fiscal. En Documentos Cede 2004-01. (2004)

Fernández Delgado, Eduardo. Mimeo. Conferencia presentada en el primer seminario de análisis y diseño institucional: Hacia el rediseño del Estado. Bogotá D.C.: Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda, 1998.

García Molina, Mario y Gómez, Ana Paola. "¿Han aumentado el recaudo las reformas tributarias en Colombia?". En Revista de Economía Institucional Vol. 7 No. 12. (2005): 43 -61.

Hernández Galindo, José Gregorio. Poder y Constitución. El actual constitucionalismo colombiano (primera edición). Bogotá D.C.: Editorial Legis, 2001.

Hombres, Rudolf. "El proyecto del gobierno y su evolución durante la constituyente." En: La autonomía del Banco de la República. Steiner, Roberto (Ed). Bogotá D.C.: TM Editores – Fedesarrollo, 1995. 33-50.

Hombres, Rudolf. "Evolución y racionalidad de las instituciones presupuestales en Colombia". En Coyuntura económica No. 28 (1998): 93-118.

Ibáñez Najar, Jorge Enrique. "La segunda misión Kemmerer". En: El Banco de la República. Antecedentes, evolución y estructura. Bogotá D.C.: Banco de la República, 1990. 335-349.

Iregui, Ana María; Ramos, Jorge y Saavedra, Luz Amparo. "Análisis de la descentralización fiscal en Colombia." En: Borradores de economía No. 175 (1991).

Jaramillo, Juan Carlos y Montenegro, Armando. "Cuenta Especial de Cambios: Descripción y análisis de su evolución reciente". En: Ensayos sobre política económica No 2. Bogotá D.C.: Banco de la República, 1982. 109-186.

Junguito, Roberto y Rincón, Hernán. “La política fiscal en el siglo XX en Colombia”. En: Borradores de economía No. 318 (2004).

Lozano E., Luis Ignacio. “Dinámica de la deuda pública en Colombia: 1996 –Marzo de 2002”. En Borradores de economía No. 211 (2002).

López Garavito, Luis Fernando. Pensamiento económico y fiscal colombiano (primera edición). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1998.

López Garavito, Luis Fernando. Pensamiento económico y fiscal colombiano (primera reimpression actualizada). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2001.

López Medina, Diego E. El derecho de los jueces (primera edición). Bogotá: Editorial Legis, 2000.

López Mejía, Alejandro. “El Banco de la República y la política económica entre 1935 y 1946”. En: El Banco de la República. Antecedentes, evolución y estructura. Bogotá D.C.: Banco de la República, 1990. 351-404.

López Mejía, Alejandro. “El Banco de la República y la política macroeconómica, 1955-1962”. En: El Banco de la República. Antecedentes, evolución y estructura. Bogotá D.C.: Banco de la República, 1990. 463-503.

Lozano E., Luis Ignacio. “Dinámica de la deuda pública en Colombia: 1996 –Marzo de 2002”. En Borradores de economía No. 211 (1998).

Lleras de la Fuente, Carlos y Tangarife, Marcel. La Constitución Política de Colombia. Origen, evolución y vigencia. Tomo I, II y III (primera edición). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Rosaristas, 1996.

Mattei, Ugo y Pardolesi, Roberto. “Análisis económico del derecho en países de tradición civil: Un enfoque comparativo.” En: Derecho y economía. Una revisión de la literatura (primera edición). Roemer, Andrés (Ed.). México D.F.: Editorial Fondo de Cultura Económica, 2000. 366-379.

Meisel Roca, Adolfo. “Autonomía de la banca central e inflación. La experiencia colombiana, 1923-1995”. En Borradores semanales de economía No. 49 (1996).

Meisel Roca, Adolfo. “La creación del Banco de la República y primeras reformas”. En: El Banco de la República. Antecedentes, evolución y estructura. Bogotá D.C.: Banco de la República, 1990. 253-305.

Molina Giraldo, Rafael Ignacio. "Precisamos de un modelo económico equilibrado y justo." En: El debate general en la Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C.: Armando Holguín Sarria (Ed.). Bogotá D.C.: Contraloría General de la República, 1991. 443-449.

Montenegro, Armando. "Aspectos macroeconómicos de las utilidades por compraventa de divisas en la cuenta especial de cambios". En: Ensayos sobre política económica No. 3 (1983): 97-123.

Naranjo Galves, Rodrigo; Rincón Cárdenas, Erick y Sánchez Torres, Carlos Ariel. Ajuste estructural de las finanzas públicas 1998-2004 (Primera edición). Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Diké y Centro Editorial de la Universidad del Rosario, 2005.

North, Douglass; Weingast, Barry. "Constitutions and commitment: the evolution of institutions governing public choice in seventeenth-century England". En Empirical Studies in Institutional Change. Alston Lee, Eggertsson Thráin, North Douglass. Nueva York. Cambridge University Press 1996. 134-165.

Ortega, Francisco. "La banca central en la Constitución de 1991." En: Constitución económica colombiana (Primera edición). Bogotá D.C.: El Navegante Editores, 1996. 261- 279.

Ossa Escobar, Carlos. "Democratizar la economía." En: El debate general en la Asamblea Nacional Constituyente. Armando Holguín Sarria (Ed.). Bogotá D.C.: Contraloría General de la República, 1991. 347-353.

Palacio Rudas, Alfonso. "Las competencias entre el legislativo y el ejecutivo. El gasto publico." En: Constitución económica colombiana (primera edición). Bogotá D.C.: El Navegante Editores, 1996. 281-292.

Palacios Mejía, Hugo. La economía en el derecho constitucional colombiano. Tomos I y II (Primera edición). Bogotá: Biblioteca Anif de Economía, 1975.

Palacios Mejía, Hugo. La economía en el derecho constitucional colombiano (Sin edición). Bogotá D.C.: Editorial Derecho Vigente, 1999.

Plazas Vega, Mauricio Alfredo. Derecho de la hacienda pública y derecho tributario (primera edición). Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2000.

Presidencia de la República, Centro de Información y Sistemas. La Constitución Política de Colombia, Paralelo 1886 – 1991. Bogotá D.C.: Presidencia de la República, 1991.

Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 2 presentado por el Gobierno Nacional a la Secretaría General de la Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 5. Bogotá, viernes 15 de febrero de 1991.

Restrepo, Juan Camilo. "Aspectos presupuestales de la nueva Constitución." En: Constitución económica colombiana (Primera edición). Bogotá D.C.: El Navegante Editores, 1996. 235- 258.

Rubin, Paul H. "¿Por qué es eficiente el derecho consuetudinario?". En: Derecho y economía. Una revisión de la literatura (primera edición). Roemer, Andrés (Ed.). México D.F.: Editorial Fondo de Cultura Económica, 2000. 332-345.

Serna Valencia, Juan Guillermo (Ed.). Aspectos de la política presupuestal en Colombia 1886-1987. Bogotá D.C.: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto, 1987.

Universidad Externado de Colombia. "Empleos y salarios en el sector público colombiano". En Boletín del Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social No. 5 (2003).

Urrutia, Miguel. "Autonomía del Banco de la República". En: Las reformas económicas del gobierno del Presidente Gaviria: Una visión desde adentro. Bogotá D.C.: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 1994. 45-46.

Valenzuela, Luis Carlos. "La importancia de la restricción presupuestal y de la definición de gasto social en la reforma al Estatuto Orgánico del Presupuesto". En Debates Económicos de Fedesarrollo. Bogotá D.C. (2004): 23-29.

Wiesner, Eduardo. "El origen político del déficit fiscal en Colombia. El contexto institucional 20 años después". Documentos CEDE 2004-20. (2004).